# DIE ABBERUFUNG DES GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS BEI DER PERSONALISTISCHEN GMBH

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
KONSTANTINOS THANOS
aus Athen

1984

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546522_0012

# DIE ABBERUFUNG DES GESELLSCHAFTER-GESCHÄFTSFÜHRERS BEI DER PERSONALISTISCHEN GMBH

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
Konstantinos Thanos
aus Athen

1984

Dekan: Professor Dr. Egbert Peters
1. Berichterstatter: Professor Dr. Wolfgang Zöllner
2. Berichterstatter: Professor Dr. Dr. Klaus J. Hopt

Tag der mündlichen Prüfung: 12. Juli 1984

MEINEN ELTERN

ΣΤΟΥΣ ΓΟΝΕΙΣ ΜΟΥ

## Vorwort

Meinem verehrten Lehrer Herrn Professor Dr. Wolfgang Zöllner, der die vorliegende Arbeit angeregt und durch zahlreiche wertvolle Hinweise gefördert hat, danke ich herzlich.

Mein besonderer Dank gilt auch den Assistenten Martin Schockenhoff und Volker Matthießen sowie meinem Kommilitonen und Freund Klaus Fischer, die die Arbeit sprachlich korrigiert haben.

Schließlich gilt mein Dank dem Institut für Begabtenförderung der Konrad-Adenauer-Stiftung, das mir mit einem fast vierjährigen Promotionsstipendium ermöglicht hat, mein Dissertationsvorhaben ohne finanzielle Sorgen durchzuführen.

Inhaltsverzeichnis

§ 1. EINLEITUNG 1

ERSTER ABSCHNITT

DIE ABBERUFUNGSMÖGLICHKEITEN UND IHRE MATERIELL-RECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN

§ 2. DER GRUNDSATZ DER FREIEN WIDERRUFLICHKEIT NACH § 38 ABS. 1 GMBHG 5

§ 3. DIE BESCHRÄNKUNG DER FREIEN WIDERRUFLICHKEIT AUF DAS VORLIEGEN WICHTIGER GRÜNDE NACH § 38 ABS. 2 GMBHG

I. Arten der Beschränkung

1. Die gesetzliche Beschränkung 11

2. Die satzungsmäßige Beschränkung
a) Die ausdrückliche satzungsmäßige Beschränkung 12
b) Die konkludente satzungsmäßige Beschränkung
aa) Die Einräumung eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung 16
bb) Anhaltspunkte für die Annahme eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung
aaa) Allgemeines 2o
bbb) Einzelne in Betracht kommende Anhaltspunkte
aaaa) Die Bestellung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der Satzung 22
bbbb) Die Annäherung an die Personengesellschaften 22
cccc) Die satzungsmäßige Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit 23
dddd) Die Absicherung der Dauerstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers 25
eeee) Die Statuierung des Einstimmigkeitsprinzips 25
cc) Die Abgrenzung des Geschäftsführungssonderrechts von einem Bestellungs- bzw. Präsentationsrecht 27
dd) Die Abberufung des Sonderberechtigten 28
c) Die nachträgliche Einführung bzw. Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit 3o

3. Die Beschränkung außerhalb der Satzung 34

II. Der wichtige Abberufungsgrund

1. Begriff 39

2. Die satzungsmäßige Konkretisierung des wichtigen Abberufungsgrundes 41

ZWEITER ABSCHNITT

EINZELFRAGEN AUS DEM BEREICH DER GESCHÄFTSFÜHRER-ABBERUFUNG : ZUSTÄNDIGKEIT, DURCHFÜHRUNG UND UNRECHTMÄSSIGKEIT

§ 4. DIE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ABBERUFUNG

I. Das zuständige Abberufungsorgan 42

II. Die Art der übertragenen Abberufungszuständigkeit 44

III. Das Sonderrecht zur Abberufung 45

§ 5. DIE DURCHFÜHRUNG DER ABBERUFUNG

I. Der Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung 47

1. Die Zulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeits- bzw. Abstimmungserfordernisse für den Abberufungsbeschluß 47

2. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung 51

3. Die Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung 56

II. Die Erklärung des Abberufungsbeschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer 59

§ 6. DIE UNRECHTMÄSSIGE ABBERUFUNG

I. Der mangelhafte Abberufungsbeschluß

1. Allgemeines 67

2. Die mangelhafte Stimmabgabe 68

3. Der unwirksame Abberufungsbeschluß 75

4. Der nichtige Abberufungsbeschluß 76
a) Einberufungsmängel 76
b) Beurkundungsmängel 77
c) Wesentliche Inhaltsverstöße 78
d) Sittenverstoß 79
e) Nichtigkeit durch gerichtliche Verfahrensakte 81

5. Der anfechtbare Abberufungsbeschluß 81
a) Verfahrensverstöße 82
b) Inhaltsverstöße 84

II. Die Abberufungserklärung bei Fehlen eines satzungsmäßig vorgeschriebenen wichtigen Grundes

1. Die Rechtswirksamkeit der ungerechtfertigten Abberufungserklärung und die Regelung des Zwischenzustandes im Streitfalle
   a) Unwirksamkeit bei Fehlen eines wichtigen Grundes 87
   b) Rechtslage bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung; die aktienrechtliche Regelung: ihr Zweck und der Umfang ihrer analogen Heranziehung 88
   c) Die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Regelung auf den Anstellungsvertrag 91
   d) Wiedereinsetzung des Abberufenen 93
   e) Uneingeschränkte Heranziehung der aktienrechtlichen Regelung? 95
      aa) Die GmbH mit Geschäftsführungssonderrecht 96
      bb) Die Zweimann-GmbH 97
   f) Lösungsweg bei den obengenannten Fällen 99
   g) Besonderheiten bei der Übertragung der Abberufungszuständigkeit auf eine andere Stelle? 1o1
   h) Prozessuale Probleme bei der zweigliedrigen GmbH 1o4
   i) Der Einfluß des Abberufungsstreits auf das Eintragungsverfahren vor dem Handelsregisterrichter 1o7

2. Die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes im Abberufungsrecht
   a) Allgemeines 111
   b) Antragstellung durch die GmbH
      aa) Der zulässige Inhalt des Antrags 112
      bb) Befugnis zur Antragstellung 114
      cc) Einzelfragen 116
   c) Antragstellung durch den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer 116
   d) Antragstellung vor dem Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung? 118

## Literaturverzeichnis

AIGNER, Karl-Heinz : Die Selbstermächtigungserklärung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer Einmann-GmbH, Diss., München 1975.

BALLERSTEDT, Kurt : Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften, Tübingen 1949 (Zit.: Kapital).
- 75 Jahre GmbH-Gesetz, GmbH-Rdsch. 1967, 66ff. (Zit.: 75 Jahre).
- Bedarf ein Beschluß der Gesellschafter einer GmbH der Verkündung durch den Vorsitzer? GmbH-Rdsch. 1955, 16off. (Zit.: Verkündung).

BALTZER, Johannes : Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen bei Antragsablehnung, GmbH-Rdsch. 1972, 57ff. (Zit.: Zur Anfechtung).
- Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht, Köln 1965 (Zit.: Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel).

BARTHOLOMEYCZIK, Horst : Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft, ZHR 1o5 (1938), 293ff.

BAUMBACH, Adolf - HUECK, Alfred : GmbH-Gesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 197o (Zit.: Baumbach-Hueck, § Anm. ).
- Aktiengesetz, Kommentar, 13. Aufl., München 1968 (Zit.: Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § Anm. ).

BAUR, Fritz : Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967.

BONDI, Felix : Übertragung des Rechtes zur Besetzung gesellschaftlicher Ämter an dritte, außerhalb der Gesellschaft stehende Personen, Festgabe für Otto Liebmann, Berlin 192o, 278ff.

BORRMANN, Gero-Falk : Die Beendigung der Geschäftsführerstellung in der GmbH, Diss., Köln 1972.

BRITSCH, Werner : Die Rechte der Kommanditisten bei der Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers der Komplementär-GmbH, Diss., Mainz 1976.

BRODMANN, Erich : GmbH-Gesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin-Leipzig 193o (Zit.: Brodmann, § Erl. ).

DÄUBLER, Wolfgang : Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH im Lichte des neuen Aktienrechts, GmbH-Rdsch. 1968, 4ff.

DERNBACH, Jürgen : Abberufung und Kündigung des GmbH-Geschäftsführers, BB 1982, 1266ff.

EDER, Karl : Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers, GmbH-Rdsch. 1962, 22ff.

ENNECCERUS, Ludwig - NIPPERDEY, Hans Carl : Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 15. Aufl., Erster Band, Erster Halbband, Tübingen 1959.

ENTWURF EINER HANDELSGESELLSCHAFT AUF EINLAGEN, Eine Alternative zur GmbH & Co KG, Arbeitskreis GmbH-Reform, Thesen und Vorschläge zur GmbH-Reform, Band 1, Heidelberg 1971 (Zit.: Entwurf HGaE).

ENTWURF EINES GESETZES BETREFFEND DIE GMBH NEBST BEGRÜNDUNG UND ANLAGEN, Amtliche Ausgabe, Berlin 1891 (Zit.: Entwurf GmbHG).

ERMAN, Walter : Eilmaßnahmen aus §§ 117, 127 HGB und Schiedsvertrag, Festschrift für Philipp Möhring, München-Berlin 1967, 3ff.

FASTRICH, Lorenz : Zur Zuständigkeit der Geschäftsführer der GmbH bei der Beantragung von Maßnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer und Gesellschafter, DB 1981, 925ff.

FEINE, Hans Erich : Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Sonderdruck aus Ehrenbergs Handbuch des gesamten Handelsrechts, 3. Bd., III. Abt., Leipzig 1929.

FICHTNER, Dieter : Schwierigkeiten bei der Abberufung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grund, BB 1962, 822ff.

FISCHER, Robert : Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz, GmbH-Rdsch. 1953, 131ff. (Zit.: Rechtsquelle).
- Die personalistische GmbH als rechtspolitisches Problem, Festschrift für Walter Schmidt, Berlin 1959, 117ff. (Zit.: Die personalistische GmbH).
- Gedanken über einen Minderheitenschutz bei Personenhandelsgesellschaften, Festschrift für Carl Hans Barz, Berlin-New York 1974, 33ff. (Zit.: Minderheitenschutz).
- Zulässigkeit und Wirkung von Abstimmungsvereinbarungen, GmbH-Rdsch. 1953, 65ff. (Zit.: Abstimmungsvereinbarungen).

FLECK, Hans Joachim : Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers, GmbH-Rdsch. 197o, 221ff. (Zit.: Abberufung).
- Das Dienstverhältnis der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer der Kapitalgesellschaften in der Rechtsprechung des BGH, WM Sonderbeilage Nr. 3/1968, 3ff. (Zit.: Dienstverhältnis 1968) und WM Sonderbeilage Nr. 3/1981, 3ff. (Zit.: Dienstverhältnis 1981).

GESSLER, Ernst : Sicherung der Herrschaftsmacht bei Übertragung von Geschäftsanteilen, GmbH-Rdsch. 1974, 2o2ff.

GESSLER, Ernst - HEFERMEHL, Wolfgang - ECKARDT, Ulrich - KROPFF, Bruno : Aktiengesetz, Kommentar, München 1973ff. (Zit.: .....Bearbeiter in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § Anm. ).

GIERKE, Otto v. : Deutsches Privatrecht, I. Band, Leipzig 1895.

GOERDELER, Reinhard : Zur Auslegung des § 38 Abs. 2 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1959, 198ff.

GRÖGER, Erich : Die GmbH ohne eingetragenen Geschäftsführer, Rpfl. 84 (1976), 286ff.

GRUNSKY, Wolfgang : Besprechung von : Leipold Dieter, Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes im zivil-, verfassungs- und verwaltungsgerichtlichen Verfahren, ZZP 85 (1972), 359ff. (Zit.: Besprechung I).
- Besprechung von: Schilken Eberhard, Die Befriedigungsverfügung, ZZP 9o, (1977), 2o8ff. (Zit.: Besprechung II).

HACHENBURG, Max : GmbHG, Kommentar, 6. Aufl., Berlin (Band I: 1956, Band II: 1959) (Zit.: .... Bearbeiter in Hachenburg, 6. Aufl., § Anm. ).
- 7. Aufl., Berlin 1975ff. (Zit.: ... Bearbeiter in Hachenburg, 7. Aufl., § Rdn. ).

HANDBUCH DER GMBH, 1o. Aufl., Köln 1982 (Zit.: Handbuch- ... Bearbeiter, Rz. ).

HARDE, Hans Ernst : Die Abberufung des Geschäftsführers der GmbH von der Geschäftsführung und Vertretung, Diss., Münster 1969.

HENKEL, Heinrich : Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip, Festschrift für Edmund Mezger, München-Berlin 1954, 249ff.

HIMMELSBACH, Kurt W. : Die Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Vorschriften auf die Stimmabgabe in den Personen - und Kapitalgesellschaften, Diss., Mannheim 1972.

HOMMELHOFF, Peter : Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119ff.

HOPT, Klaus : Zur Abberufung des GmbH-Geschäftsführers bei der GmbH & Co, insbesondere der Publikumskommanditgesellschaft, ZGR 1979, 1ff.

HUECK, Alfred : Das Recht der OHG, 4. Aufl., Berlin-New York 1971.
- Gestaltungsklagen im Recht der Handelsgesellschaften, Recht im Wandel, Festschrift 15o Jahre Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München 1965, 287ff. (Zit.: Gestaltungsklagen).
- Ausschluß eines Gesellschafters aus einer GmbH, BB 1951, 1o8ff. (Zit.: Ausschluß).
- Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH, Festschrift für Erich Molitor, München-Berlin 1962, 4o1ff. (Zit.: Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse).
- Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften, Mannheim-Berlin-Leipzig 1924 (Zit.: Anfechtbarkeit und Nichtigkeit).
- Die Vertretung von Kapitalgesellschaften im Prozeß, Festschrift für Eduard Bötticher, Berlin 1969, 197ff. (Zit.: Vertretung).
- Die Rechtsstellung der Mitglieder von Organen der juristischen Personen, DB 1954, 274ff. (Zit.: Rechtsstellung).

HUECK, Götz : Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht, München-Berlin 1958.

IMMENGA, Ulrich : Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg 197o
- und WERNER, Horst : Der Stimmrechtsausschluß eines GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1976, 53ff.

JAUERNIG, Othmar : Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen, ZZP 79 (1966), 321ff.

JOOST, Detlev : Die Parteirolle der personalistischen GmbH und ihrer Gesellschafter bei gesellschaftsinternen Klagen, ZGR 1984, 71ff.

JUNG-SENSSFELDER, Ottheinz : Die Erforderlichkeit einer Gesellschaftsvertragsänderung gem. § 53 GmbHG, Diss., Köln 197o.

KLUMPP, Hermann : Beiträge zur Rechtsstellung der Geschäftsführer einer GmbH nach deutschem und französischem Recht, Berlin-Leipzig 1928.

KÖLNER KOMMENTAR ZUM AKTIENGESETZ, Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Köln-Berlin-Bonn-München 197off. (Zit.: ... Bearbeiter in Kölner Kommentar zum AktG, § Anm. ).

KORNBLUM, Udo : Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbH-Rdsch. 1981, 227ff. (Zit.: Rechtstatsachen 1981).
- Weitere Rechtstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, GmbH-Rdsch. 1983, 29ff., 61ff. (Zit.: Weitere Rechtstatsachen 1983).

KRIEGER, Gerd-Werner : Personalentscheidungen des Aufsichtsrats, Köln-Berlin-Bonn-München 1981.

KRONSTEIN, Heinrich : Die abhängige juristische Person, München-Berlin-Leipzig 1931.

LEHMANN, Michael : Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Köln 197o.

LIEBMANN, J. - SAENGER, A. : Kommentar zum GmbHG, 7. Aufl., Berlin 1927 (Zit.: Liebmann-Saenger, § Anm. ).

LIMBACH, Jutta : Theorie und Wirklichkeit der GmbH, Berlin-München 1966 (Zit.: Theorie und Wirklichkeit).
- Nochmals: Zur Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers gem. § 38 Abs. 1 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1968, 181f. (Zit.: Abberufung).

LINDACHER, Walter : Schiedsgerichtliche Kompetenz zur vorläufigen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis bei Personengesellschaften, ZGR 1979, 2o1ff.

LUTTER, Marcus : Theorie der Mitgliedschaft, AcP 18o (198o), 84ff.

MACK, Wolfgang : Die Begründung und Beendigung der Rechtsstellung von Organmitgliedern juristischer Personen im Handelsrecht, Diss., Mainz 1974.

MARTENS, Klaus-Peter : Mehrheits- und Konzernherrschaft in der personalistischen GmbH, Köln 197o.

MATZKE, Otto : Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers der GmbH aus wichtigem Grund, GmbH-Rdsch. 1939, 117ff.

MEIER - HAYOZ, Arthur / ZWEIFEL, Martin : Der Grundsatz der schonenden Rechtsausübung im Gesellschaftsrecht, Festschrift für Harry Westermann, Karlsruhe 1974, 383ff.

MEILICKE, Heinz - MEILICKE, Wienand : Umverteilung gesellschaftsrechtlicher Herrschaftsrechte, Festschrift für Martin Luther, München 1976, 99 ff.

MENOLD, Dieter : Das materielle Prüfungsrecht des Handelsregisterrichters, Diss., Tübingen 1966.

MILLER, Fritz Georg : Der Anstellungsvertrag des GmbH-Geschäftsführers-Rechtliche Einordnung und gesetzliche Mindestkündigungsfrist, BB 1977, 723ff.

MÜNCHENER KOMMENTAR ZUM BGB, München 1978ff. (Zit.: MünchKomm-...Bearbeiter, § RdNr. ).

NEUKAMP, Ernst - BECKER, Karl : Das Reichsgesetz betreffend die GmbH, 5. bis 7. Aufl., Berlin 1922 (Zit.: Neukamp-Becker, § Anm. ).

OSTHEIM, Rolf : Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Festschrift für Hermann Hämmerle, Graz 1972, 245ff.

OVERRATH, Hans Peter : Die Stimmrechtsbindung, Köln-Berlin-Bonn-München 1973.

PABST, Günter : Prozessuale Probleme bei Rechtsstreitigkeiten wegen Entziehung von Geschäftsführungs- bzw. Vertretungsbefugnis sowie Ausschließung eines Gesellschafters, BB 1978, 892ff.

PELTZER, Martin : Rechtsprobleme beim unfreiwilligen Ausscheiden von Vorstandsmitgliedern von Aktiengesellschaften und Geschäftsführern von Gesellschaften m.b.H., BB 1976, 1249ff.

PETERS, Egbert : Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen, AcP 156 (1957), 311ff.

PETERSEN, Jens : Die personengesellschaftliche Struktur der GmbH, Diss., Kiel 1954.

PLANDER, Harro : Die Vertretung der nichtaufsichtsratspflichtigen GmbH bei Begründung, Änderung und Beendigung von Organstellung und Anstellungsverhältnis der Geschäftsführer, ZHR 133 (197o), 327ff. (Zit.: Vertretung).
- Zur Bestellung der Geschäftsführer einer mehrgliedrigen GmbH, GmbH-Rdsch. 1968, 197ff. (Zit.: Bestellung).

PROBLEME DER GMBH-REFORM. Mit Beiträgen von Wiethölter, Ulmer, Lutter, Mertens, Würdinger, Rittner, Goerdeler, Köln 197o.

REGIERUNGSENTWURF EINES GMBH-GESETZES, Bonn 1971 (Zit.: RegE GmbHG).

REUTER, Dieter : Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, Frankfurt a.M. 1973 (Zit.: Perpetuierung).
- Der Einfluß der Mitbestimmung auf das Gesellschafts- und Arbeitsrecht, AcP 179 (1979), 5o9ff. (Zit.: Einfluß der Mitbestimmung).
- Die Wesenselemente der Personengesellschaften in der neueren Rechtsprechung, GmbH-Rdsch. 1981, 129ff. (Zit.: Wesenselemente).
- und KÖRNIG, Jürgen : Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, ZHR 14o (1976), 494ff.

ROTH, H. Günter : GmbHG, Kommentar, München 1983 (Zit.: Roth, § Anm. ).

RÜCKER, Harald : Die Entziehung von Sonderrechten eines GmbH-Gesellschafters wegen mißbräuchlicher Rechtsausübung (zugleich eine Untersuchung über Rechtscharakter und Umfang der gesellschaftlichen Treupflicht), Diss., München 1969.

SCHILKEN, Eberhard : Die Befriedigungsverfügung, Berlin 1976.

SCHILLING, Wolfgang : Rechtspolitische Gedanken zur GmbH & Co, Festschrift für Otto Kunze, Berlin 1969, 189ff. (Zit.: Rechtspolitische Gedanken).
- Gesellschafterbeschluß und Insichgeschäft, Festschrift für Kurt Ballerstedt, Berlin 1975, 257ff. (Zit.: Gesellschafterbeschluß).

SCHNEIDER, Uwe H. : Die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer zweigliedrigen GmbH-Besprechung der Entscheidung BGHZ 86, 177 -, ZGR 1983, 535ff. (Zit.: Abberufung).
- Die Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Personengesellschaft durch Mehrheitsbeschluß, ZGR 1972, 367ff. (Zit.: Änderung).

SCHÖNLE, Herbert - ENSSLIN, Joachim : Zur Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1968, 23ff. (Zit.: Abberufung 1968).
- Nochmals : Zur Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers gemäß § 38 Abs. 1 GmbHG, GmbH-Rdsch. 1969, 1o3ff. (Zit.: Abberufung 1969).

SCHOLZ, Franz : Kommentar zum GmbHG, 5. Aufl., Köln 1964 (Zit.: Scholz, 5. Aufl., § Anm. ).
- 6. Aufl., Köln 1978ff. (Zit.: Scholz- ...Bearbeiter, 6. Aufl., § Anm. ).
- Der wichtige Grund, SJZ 1949, 1ff.
- Tod des Geschäftsführers, CR 1948, 58f.

SCHOLZ, Franz : Zur Frage der Abberufung eines Geschäftsführers und Ausschließung eines GmbH-Gesellschafters, GmbH-Rdsch. 1951, 85f. (Zit.: Zur Frage der Abberufung).
- Die Rechte eines Minderheitsgesellschafters in der GmbH, GmbH-Rdsch. 1955, 36ff. (Zit.: Minderheitsgesellschafter).
- und FISCHER, Robert : Kommentar zum GmbHG, 1o. Aufl., Köln 1983 (Zit.: Scholz-Fischer$^{1o}$, § Anm. ).

SCHULZE, Alfred : Organstellung als Sonderrechte, JherJb 75, 455ff.

SEMLER, Franz-Jörg : Einstweilige Verfügungen bei Gesellschafterauseinandersetzungen, BB 1979, 1533ff.

SIEBERT, Wolfgang : Verwirkung und Unzulässigkeit der Rechtsausübung, Marburg 1934.

SOERGEL, Hans Theodor : Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 11. Aufl., Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1978ff. (Zit.: Soergel- ...Bearbeiter, § Rz. ).

STAUB, Hermann : Kommentar zum GmbHG, Berlin 19o3. (Zit.: Staub, § Anm. ).

SUDHOFF, Heinrich : Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH, 1o. Aufl., Köln 198o (Zit.: Rechte und Pflichten).
- Die Familien GmbH, GmbH-Rdsch. 1973, 193ff.
- Der Gesellschaftsvertrag der GmbH, 6. Aufl., München 1982, (Zit.: Gesellschaftsvertrag).

TEICHMANN, Arndt : Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 197o.

TÖTEBERG, Helmut : Die Erbfolge in Geschäftsanteil und Mitgliedschaft bei der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Diss., Göttingen 1955.

ULMSCHNEIDER, Rudolf : Die Möglichkeiten einer statutarischen Einflußnahme Dritter auf die GmbH und die AG, Diss., Mannheim 1954.

VITT, Udo : Das Präsentationsrecht in der GmbH, Diss., Münster 1978.

VOGEL, Hermann : Kommentar zum GmbHG, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt 1956 (Zit.: Vogel, § Anm. ).
- Satzungsmäßige Mehrheiten bei der Abberufung von Geschäftsführern aus wichtigen Gründen, GmbH-Rdsch. 1951, 18of. (Zit.: Satzungsmäßige Mehrheiten).

VOLLMER, Lothar : Die Abberufung von Geschäftsführern der mitbestimmten GmbH, GmbH-Rdsch. 1984, 5ff.

WANK, Rolf : Der Stimmrechtsausschluß im GmbH-Recht in der neueren Rechtsprechung des BGH, ZGR 1979, 222ff.

WEIDEMANN, Rolf : Schiedsgerichtsbestimmungen bei Handelsgesellschaften, Diss., Bonn 1956.

WESTERMANN, Harm Peter : Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften, Berlin-Heidelberg-New York 197o (Zit.: Vertragsfreiheit).
- Die Funktion des Leitbildes von der GmbH, GmbH-Rdsch. 1979, 193ff. (Zit.: Leitbild).
- Abberufung und Ausschließung von Gesellschaftern, Geschäftsführern in den Personengesellschaften und GmbH, RWS-Skript 77, 2. Aufl., Köln 1982, (Zit.: Abberufung).

WESTERMANN, Harry : Gesellschaftsrechtliche Schiedsgerichte - Übersicht und Erfahrungsbericht -, Festschrift für Robert Fischer, Berlin-New York 1979, 853ff.

WIEDEMANN, Herbert : Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, München-Berlin 1965 (Zit.: Übertragung und Vererbung).
- Abberufung eines GmbH-Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grunde, BB 1957, 696f. (Zit.: Abberufung).

WIELAND, Karl : Handelsrecht. Band I: Das kaufmännische Unternehmen und die Handelsgesellschaften, München-Leipzig 1921. Band II: Die Kapitalgesellschaften, München-Leipzig 1931.

WINKLER, Karl : Die Lückenausfüllung des GmbH-Rechts durch das Recht der Personengesellschaften, Diss., München 1966 (Zit.: Lückenausfüllung).
- Materielle und formelle Bestandteile in Gesellschaftsverträgen und Satzungen und ihre verschiedenen Auswirkungen, DNotZ 1969, 394ff. (Zit.: Bestandteile).

WINTER, Heinz : Übersicht über die Ergebnisse der Umfrage zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH, GmbH-Rdsch. 1969, 119ff., 145ff.

WOLANY, Josef : Rechte und Pflichten des Gesellschafters einer GmbH, Köln 1964.

ZÖLLNER, Wolfgang : Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden, München-Berlin 1963 (Zit.: Schranken).
- GmbH und GmbH & Co KG in der Mitbestimmung, ZGR 1977, 319ff. (Zit.: Mitbestimmung).
- Zur positiven Beschlußfeststellungsklage im Aktienrecht (und anderen Fragen des Beschlußrechts) - Besprechung der Entscheidung BGHZ 76, 191 -, ZGR 1982, 623ff. (Zit.: Zur positiven Beschlußfeststellungsklage).

Abkürzungsverzeichnis
(Paragraphen ohne Angabe des Gesetzes sind solche des GmbHG)

| | |
|---|---|
| a.A. | : anderer Ansicht |
| a.a.O. | : am angegebenen Ort |
| Abs. | : Absatz |
| AcP | : Archiv für die civilistische Praxis (Band und Seite) |
| a.F. | : alte Fassung |
| AG | : Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft (Jahr und Seite) |
| AktG | : Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien (Aktiengesetz) v. 6.9.1965 |
| Anh. | : Anhang |
| Anm. | : Anmerkung |
| BB | : Der Betriebs-Berater (Jahr und Seite) |
| BetrVG 1952 | : Betriebsverfassungsgesetz v. 11.1o.1952 |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGH | : Bundesgerichtshof |
| BGHZ | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Band und Seite) |
| bzw. | : beziehungsweise |
| ca. | : cirka |
| CR | : "Centrale (für GmbH)" - Rundschreiben |
| DB | : Der Betrieb (Jahr und Seite) |
| ders. | : derselbe |
| d.h. | : das heißt |
| Diss. | : Dissertation |
| DNotZ | : Deutsche Notar-Zeitschrift (Jahr und Seite) |
| Erl. | : Erläuterung |
| ff. | : folgende |
| FGG | : Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit i.d.F. v. 2o.5.1898 |
| Fn. | : Fußnote |
| GenG | : Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften i.d.F. der Bekanntmachung v. 2o.5.1898 |
| GmbH | : Gesellschaft mit beschänkter Haftung |
| GmbHG | : Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschänkter Haftung v. 2o.4.1892 in der Fassung der Bekanntmachung v. 2o.5.1898 |

| | |
|---|---|
| GmbH-Rdsch. | : Rundschau für GmbH (Jahr und Seite) |
| GmbHRspr. | : Die GmbH in der Rechtsprechung der deutschen Gerichte (Band, Rechtsspruchsnummer und Gesetzesstelle) |
| HGB | : Handelsgesetzbuch |
| h.L. | : herrschende Lehre |
| h.M. | : herrschende Meinung |
| Hs. | : Halbsatz |
| i.d.R. | : in der Regel |
| i.V.m. | : in Verbindung mit |
| JherJb | : Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts (Band und Seite) |
| JR | : Juristische Rundschau (Jahr und Seite) |
| JW | : Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite) |
| JZ | : Juristenzeitung (Jahr und Seite) |
| KG | : Kommanditgesellschaft; Kammergericht |
| KGJ | : Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts in Sachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, in Kosten-, Stempel- und Strafsachen (Band und Seite) |
| LG | : Landgericht |
| LM | : Nachschlagswerk des Bundesgerichtshofs, herausgegeben vom Lindenmaier, Möhring u.a. (Entscheidungsnummer und Gesetzesstelle) |
| LZ | : Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht (Jahr und Spalte) |
| m.a.W. | : mit anderen Worten |
| MDR | : Monatschrift für Deutsches Recht (Jahr und Seite) |
| m.E. | : meines Erachtens |
| MitbestG | : Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer v. 4.5.1976 |
| MontanMitbestErgG | : Gesetz zur Ergänzung des Gesetzes über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie v. 7.8.1956 |
| MontanMitbestG | : Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen der Unternehmen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie v. 21.5.1951 |
| m.w.N. | : mit weiteren Nachweisen |
| n.F. | : neue Fassung |
| NJW | : Neue Juristische Wochenschrift (Jahr und Seite) |

| | |
|---|---|
| Nr. | : Nummer |
| OHG | : Offene Handelsgesellschaft |
| OLG | : Oberlandesgericht |
| OLGRspr. | : Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiet des Zivilrechts (Band und Seite) |
| R. | : Rechtspruch |
| Rdn., RdNr. | : Randnummer |
| RG | : Reichsgericht |
| RGZ | : Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (Band und Seite) |
| RJA | : Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts, zusammengesetzt im Reichsjustizamt (Band und Seite) |
| Rpfl. | : Der Deutsche Rechtspfleger, (Band und Seite) |
| Rz. | : Randziffer |
| S. | : Seite |
| s. | : siehe |
| SJZ | : Süddeutsche Juristenzeitung (Jahr und Spalte) |
| sog. | : sogenannte |
| Sp. | : Spalte |
| u.a. | : unter anderem |
| u.s.w. | : und so weiter |
| u.U. | : unter Umständen |
| v.H. | : von Hundert |
| WM | : Wertpapier-Mitteilungen (Jahr und Seite) |
| Z. | : Ziffer |
| z.B. | : zum Beispiel |
| ZGR | : Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Jahr und Seite) |
| ZHR | : Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht (Band und Seite) |
| Zit. | : Zitierweise |
| ZPO | : Zivilprozeßordnung v. 3o.1.1877 |
| zust. | : zustimmend |
| ZZP | : Zeitschrift für Zivilprozeß (Band und Seite) |

## § 1. E I N L E I T U N G

Die GmbH ist eine Gesellschaftsform, die sich nicht als die Kodifizierung eines bereits bekannten und in der Praxis erprobten Gesellschaftstyps darstellt, sondern der gesetzgeberischen Phantasie entsprungen ist. Bereits nach der Aktienrechtsnovelle von 1884 entstand das Bedürfnis nach einer weiteren Gesellschaftsform. Sogar Vereinigungen mit einem beschränkten Kreis von Teilnehmern und mit relativ wenig Kapital bedienten sich der Rechtsform der AG, was letztlich darauf zurückzuführen war, daß eine geeignete Gesellschaftsform mit beschränkter Haftung für solche Vereinigungen nicht zur Verfügung stand[1]. Ein Beleg für das Vorhandensein dieses Bedürfnisses war, daß die Mehrzahl der Handelskammern, der kaufmännischen Korporationen und des deutschen Handelstages sich für die Einführung einer neuen Gesellschaftsform aussprach[2].

Über die Notwendigkeit der Einführung einer weiteren Gesellschaftsform waren sich alle Betroffenen einig, nicht aber über deren Gestaltung im einzelnen. In der anschließenden Strukturdiskussion wurden zwei Auffassungen vertreten. Die erste (individualistische) Auffassung strebte die Gestaltung der neuen Gesellschaftsform nach dem Vorbild der Personengesellschaften an. Das Prinzip der beschränkten Haftung sollte auf diejenigen Gesellschaften ausgedehnt werden, bei denen eine geringe Zahl von Mitgliedern sich zusammenschließt, um ihr Kapital fruchtbar zu machen (wichtigster Befürworter: Der Abgeordnete Oechelhäuser[3]). Die zweite (kollektivistische) Auffassung wollte die neue Gesellschaftsform als eine Synthese der bergrechtlichen Gewerkschaft neueren Rechts und der AG unter gleichzeitiger Lockerung der starren Gründungs- und Organisationsvorschriften der letzteren gestalten (wichtigster Befürworter: Der Abgeordnete Hammacher). Der vom Bundesrat dem

---

1) Vgl. Entwurf GmbHG, S. 29.

2) Vgl. Entwurf GmbHG, S. 25.

3) S. seinen kurzen, aber durchdachten Entwurf einer Gesellschaft mit beschränkter Haftbarkeit vom Februar 1884, in: Anh. bei Wieland II, S. 399f. und Schilling, Rechtspolitische Gedanken, S. 2o5ff.

Reichstag vorgelegte Entwurf eines Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, der ohne nennenswerte Änderungen am 2o. April 1892 Gesetz wurde, versuchte sowohl dem personalistischen als auch dem kapitalistischen Strukturprinzip gerecht zu werden: "Es steht nichts im Wege, der neuen Gesellschaft im Einklang mit dem Umfange ihres Anwendungsgebietes auch rechtlich eine Mittelstellung zwischen den streng individualistischen Gesellschaftsformen des geltenden Rechts und der als äußerste Konsequenz des kapitalistischen Prinzips sich darstellenden Aktiengesellschaft anzuweisen[4]".

Diese Neutralitätserklärung des Gesetzgebers im Kampf um die Anerkennung des personalistischen oder des kapitalistischen Prinzips ist jedoch nicht uneingeschränkt gewahrt worden[5]. Eindeutig überwiegen bei der GmbH die für eine Kapitalgesellschaft charakteristischen Strukturelemente, wie die korporative Verfassung, die eigene Rechtspersönlichkeit, die Drittorganschaft, die grundsätzliche Veräußerlichkeit der Geschäftsanteile, die Bestimmungen über die Erhaltung des Grundkapitals usw., so daß sie zu Recht als eine kleine Aktiengesellschaft[6] bezeichnet worden ist. Auch der Gesetzgeber selbst betonte, daß das Gesetz grundsätzlich davon ausgehe, daß zumindest eine gewisse Anzahl von Teilnehmern vorhanden sei, und daß die Wahl der beschränkten Haftung nur der Ausdruck für den Willen der Teilnehmer sei, ihre Beteiligung für die Zwecke der Gesellschaft auf die Leistung der übernommenen Einlage und eine mehr oder weniger nachdrückliche Mitwirkung bei der Oberleitung und Beaufsichtigung der Geschäfte zu beschränken[7].

Dem personalistischen Strukturprinzip trug der Gesetzgeber lediglich dadurch Rechnung, daß den Gesellschaftern eine weitgehende Gestaltungsfreiheit eingeräumt worden ist und sie

---

4) Vgl. Entwurf GmbHG, S. 35.

5) Vgl. Martens, S. 25f.; vgl. auch H.P. Westermann, Leitbild, passim.

6) S. Brodmann, § 1 Erl. 2.

7) Vgl. Entwurf GmbHG, S. 34.

insoweit zu einer abweichenden Gestaltung der GmbH in Richtung auf die Personengesellschaften ermächtigt wurden[8]. Die Vertragspraxis hat diese Gestaltungsfreiheit weitgehend ausgenutzt, so daß entgegen den gesetzgeberischen Vorstellungen die personalistische GmbH[9] mit einem äußerst geringen Grundkapital und einer geringen Zahl von Gesellschaftern, die selbst die Geschäfte führen, die Mehrheit der Gesellschaften mbH ausmacht. Als Beweis dafür können ältere und neuere rechtstatsächliche Untersuchungen[10] herangezogen werden. Kornblum[11], der Ende 1980 Einsicht in die Registereintragungen der Amtsgerichte Stuttgart und Leonberg und 1982 in die Registereintragungen der Amtsgerichte Bayreuth, Berlin, Frankfurt a.M., Freiburg i.Br., Goslar, Hamburg, Hannover, Landshut, Köln, München, Münster und Trier nahm, ist zu folgenden Ergebnissen gekommen: 57,05 v.H. der Stuttgarter und 59,75 v.H. der Leonberger Gesellschaften mbH wiesen lediglich das -damalige- Mindeststammkapital von 20.000 DM auf[12]; aus der 1982 stattgefundenen Erhebung ergibt sich, daß von je 100 untersuchten Gesellschaften noch gut 57, d.h. mehr als die Hälfte, weniger als 50.000 DM Stammkapital hatten[13]. Unter Berücksichtigung beider Erhebungen läßt sich feststellen, daß von je 100 untersuchten Gesellschaften knapp 74 nur 2 bis 5 Gesellschafter aufwiesen, während nur knapp 3 Gesellschaften mehr als 5 Gesellschafter hatten[14]. Eine große Anzahl der Gesellschaften mit mehr als fünf Mitgliedern sind finanzstarke Familiengesellschaften[15,16]. Hinsichtlich

---

8) Vgl. Fischer, Rechtsquelle, S. 131; ders., Die personalistische GmbH, S. 117; Winkler, Lückenausfüllung, S. 1; Ostheim, S. 245; vgl. auch Ballerstedt, 75 Jahre, S. 68: "So weist die GmbH unter allen Gesellschaftsformen den wohl größten Reichtum an Spielarten auf".

9) Zu diesem Gesellschaftstyp vgl. u.a.: Immenga, passim; Petersen, passim; Reuter, Perpetuierung, S. 59ff., der die Unterscheidung von Vertrags- und Satzungsgesellschaft vor allem für die GmbH entwickelt hat.

10) Eine Auflistung der rechtstatsächlichen Untersuchungen und eine Zusammenfassung ihrer Ergebnisse findet sich bei Martens, S. 29ff.; vgl. auch die von Winter bearbeiteten Ergebnisse der von der Centrale für GmbH durchgeführten Umfrage zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH.

11) Vgl. Kornblum, Rechtstatsachen 1981, passim; ders., Weitere Rechtstatsachen 1983, passim.

12) Vgl. Kornlbum, Rechtstatsachen 1981, S. 229.

13) Vgl. Kornblum, Weitere Rechtstatsachen 1983, S. 31, 63f.

14) Kornblum, aaO., S. 64.

15) S. Petersen, S. 25.

16) Vgl. Immenga, S. 16.

der Beteiligung von Gesellschaftern an der Geschäftsführung ergibt sich folgendes: Von je 1oo untersuchten Gesellschaften mbH wurden 76 durch Gesellschafter, ca. 18 allein durch Dritte und knapp 6 Gesellschaften gemischt geführt[17].

Die Gestaltungsfreiheit des GmbHG findet im Bereich der Geschäftsführung ihren Ausdruck vor allem darin, daß den Gesellschaftern die Möglichkeit eingeräumt wird, die Geschäftsführung, (u.a. auch die Regelung der Geschäftsführerbestellung und -abberufung), an ihre Bedürfnisse anzupassen[18]; so können z.B. durch die Satzung auch Gesellschafter zu Geschäftsführern bestellt werden (§ 6 Abs. 3 Satz 1), oder einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschaftergruppe kann ein Geschäftsführungssonderrecht eingeräumt werden. Durch solche Regelungen wird eine Annäherung an die typische Form der Tätigkeitsgemeinschaft, die OHG, erreicht. Die Tatsache aber, daß das GmbHG von dem kapitalistischen Gesellschaftstyp als Normalfall ausgeht und zwischen Gesellschafter-Geschäftsführern und Fremdgeschäftsführern nicht unterscheidet, bringt eine Fülle von Problemen auch im Bereich der Geschäftsführerabberufung mit sich. Es ist z.B. umstritten, welche Wirkungen die aus wichtigem Grund erfolgte Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers hat, wenn Streit über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes besteht. Ziel dieser Arbeit ist es, die mit der Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers bei der personalistischen GmbH zusammenhängenden Probleme in materiell- und verfahrensrechtlicher Hinsicht zu behandeln und zu ihrer Lösung beizutragen. In dieser Untersuchung werden einerseits die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer mitbestimmten GmbH wegen der Vielgestaltigkeit und Kompliziertheit der diesbezüglichen Vorschriften, andererseits die Abberufung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers wegen der unproblematischen Erlangung der für dieses Insichgeschäft erforderlichen Gestattung (§ 35 Abs. 4) nicht berücksichtigt.

---

17) Vgl. Kornblum, aaO.

18) Vgl. dazu auch Entwurf GmbHG, S. 35, wonach eine Kapitalgesellschaft mit beschränkter Haftung auch nicht notwendig eine so weitgehende Gleichgültigkeit gegenüber der Person der Gesellschafter bedinge, wie sie sich bei der AG findet.

# ERSTER ABSCHNITT
# DIE ABBERUFUNGSMÖGLICHKEITEN UND IHRE MATERIELLRECHTLICHEN VORAUSSETZUNGEN

## § 2. DER GRUNDSATZ DER FREIEN WIDERRUFLICHKEIT NACH § 38 ABS. 1 GMBHG

Bei den Personengesellschaften ist die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis an erschwerte Voraussetzungen geknüpft[1]. Die Geschäftsführung und die Vertretung sind hier Mitgliedschaftsrechte, die jedem einzelnen Gesellschafter nicht nur eine umfassende Einflußnahme auf die Festsetzung und Verwirklichung der Geschäftspolitik gewährleisten, sondern oft seinen Lebensberuf ausmachen[2]. Eine jederzeitige Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis würde einen Eingriff sowohl in die gesellschaftlichen Beziehungen untereinander, als auch in den persönlichen Lebensbereich des Gesellschafters darstellen[3]. Bei der GmbH dagegen, bei der als Kapitalgesellschaft die Kapitaleinlage und nicht die Person des Gesellschafters das entscheidende Merkmal ist, sind Geschäftsführung und Vertretung nicht Ausfluß der Mitgliedschaft, sondern beruhen auf dem Bestellungsakt. Aufgrund des Drittorganschaftsprinzips können zu Geschäftsführern sowohl Gesellschafter als auch Unbeteiligte bestellt werden (§ 6 Abs. 3 Satz 1), deren Vertretungsmacht aus Rechtssicherheitsgründen nach außen unbeschränkt und unbeschränkbar ist (§ 37 Abs. 2). Zur Abwendung der sich aus dieser Regelung für die Gesellschaft ergebenden Gefahren und zur Bekräftigung der internen Weisungsabhängigkeit der Geschäftsführer von der Gesellschafterversammlung, stellt das Gesetz in § 38 Abs. 1 den Grundsatz

---

1) Für die OHG und KG vgl. §§ 117, 127, 161 Abs. 2 HGB: Erforderlich ist nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes und ein Beschluß der übrigen Gesellschafter, sondern auch eine gerichtliche Entscheidung. Für die BGB-Gesellschaft vgl. §§ 712, 715 BGB; die Entziehung bedarf hier keiner gerichtlichen Entscheidung, kann aber nach h.M. nur im Falle einer auf dem Gesellschaftsvertrag beruhenden Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erfolgen.

2) S.A. Hueck, Das Recht der OHG, S. 146.

3) Vgl. BGHZ 8, 35, (47); Fischer, Minderheitenschutz, S. 35; Uwe H. Schneider, Änderung, S. 368.

der jederzeitigen Widerruflichkeit[4] der Organstellung der Geschäftsführer auf. Die Abberufung hat hier sofortige Wirkung, unabhängig vom Vorliegen oder der Angabe eines wichtigen Grundes[5]. Jederzeit kann auch ein Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen werden, dem eine Geschäftsführungssonderpflicht ohne die gleichzeitige Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts auferlegt worden ist; die Gesellschaft braucht sich die Dienste des Verpflichteten nicht aufdrängen zu lassen[6].

Streitig ist, ob auch der Gesellschafter-Geschäftsführer einer personalistischen GmbH jederzeit abberufen werden kann, falls in der Satzung einer solchen Gesellschaft kein ausdrücklicher (im Sinne der Beschränkung der Abberufung auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2) oder konkludenter (im Sinne der Einräumung eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung) Ausschluß der freien Abberufbarkeit enthalten ist. Limbach[7] lehnt die Anwendung des § 38 Abs. 1 auf diese Fälle mit folgender Begründung ab: Der Entstehungsgeschichte und den Motiven des GmbHG lasse sich entnehmen, daß der Gesetzgeber die Fremdorganschaft als Normalfall erachtete und sich § 38 Abs. 1 daher auf diesen Fall beziehe; außerdem stelle bei einer persönlich geprägten GmbH die Geschäftsführertätigkeit der Gesellschafter, ähnlich wie bei den Personengesellschaften, deren Lebensberuf dar. Aufgrund der bei einer solchen Gesellschaft bestehenden engen gesellschaftlichen Beziehungen und der persönlichen Verbundenheit mit dem Gesellschaftsunternehmen müsse man auf den Rechtsgedanken der §§ 117, 127 HGB zurückgreifen[8], der Geschäfts-

---

4) So auch für die Genossenschaft § 24 Abs. 3 Satz 2 GenG und früher für den Vorstand der AG § 231 Abs. 3 a.F. HGB.

5) H.M.; a.A. Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 5, der für die Abberufung "vernünftige, sachliche Gründe" fordert; diese Ansicht wird aber in der 6. Aufl., Scholz-Uwe H. Schneider, § 38 Anm. 4, nicht mehr vertreten.

6) S. Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 8; Feine, S. 473f.; Harde, S. 65; Winkler, Lückenausfüllung, S. 41.

7) S. Limbach, Abberufung, passim.

8) Die analoge Anwendung der §§ 117, 127 HGB auf die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH befürworten: Wieland II, S. 3oo Fn. 35; Reuter, Wesenselemente, S. 138; Scholz-H.P. Westermann, 6. Aufl., Einleitung Anm. 58 (zurückhaltend); Winkler, aaO., S. 46f. Die Einführung einer den §§ 117, 127 HGB entsprechenden Regelung wird rechtspolitisch von Fischer, Die personalistische GmbH, S. 125, gefordert; ihm folgend Fleck, Abberufung, S. 226. Vgl. auch § 69 Abs. 5 Satz 1 RegE GmbHG; ferner § 183 Abs. 1 Satz 3 Entwurf HGaE.

führungsbefugnis mitgliedschaftlichen Charakter beimessen und deshalb für die Abberufung das Vorliegen berechtigter Zweifel gegen die Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung verlangen. Eder[9] vertritt die Ansicht, daß bei einer zweigliedrigen GmbH, bei der außer dem Gesellschafter-Geschäftsführer nur ein Gesellschafter vorhanden ist, der nicht Geschäftsführer ist, es deshalb gerechtfertigt sei, die Abberufung dieses Geschäftsführers von dem Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig zu machen. Es handle sich hier um einen Fall besonders starker personeller Verkettung der beiden Gesellschafter, deren Verhältnis, wie bei einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft, in besonderem Maße der Treuepflicht unterliege. Die h.M.[10] vertritt jedoch den Standpunkt, daß der Grundsatz der jederzeitigen Widerruflichkeit auch für die personalistische GmbH gelte. Schönle-Ensslin[11] betonen, daß die Regelung des § 38 Abs. 1 auf dem Gedanken der Vertragsfreiheit beruhe; den Gesellschaftern in ihrer Gesamtheit solle damit, soweit sie sich nicht selbst im Gesellschaftsvertrag anderweitig gebunden haben (§ 38 Abs. 2), letztlich die Kontrolle der Geschäftsführung überlassen bleiben. Außerdem sprächen der Gesetzeswortlaut, der objektivierte Wille des Gesetzgebers und erhebliche Unterschiede selbst zwischen einer Zweipersonen-GmbH ohne satzungsmäßige Abweichungen vom Gesetzestyp und dem gesetzlichen Normalstatut einer OHG dafür, auch die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers einer zwei- bzw. mehrgliedrigen GmbH unter die Regelung des § 38 Abs. 1 zu subsumieren[12]. Dieser Auffassung stimmt im Ergebnis auch Fleck zu, der den Standpunkt vertritt[13], daß die verschiedene Haftungslage, die stärkere Vermögensbindung

---

9) S. Eder, S. 23.

10) Vgl. Schönle-Ensslin, Abberufung 1968, passim; dies., Abberufung 1969, passim; Fleck, aaO., passim; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 29; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 3, 5 f.; Scholz-Fischer10, § 38 Anm. 2; Borrmann, S. 69ff.; Vogel, § 38 Anm. 2; Harde, S. 44; Sudhoff, Rechte und Pflichten, S. 32; Hopt, S. 5; H.P. Westermann, Abberufung, S. 39; Jung-Senssfelder, S. 64 Fn. 1; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 537f.; Dernbach, S. 1267.

11) Schönle-Ensslin, Abberufung 1968, S. 25.

12) Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 107.

13) Fleck, aaO., S. 221.

bei der OHG und das anders ausgestaltete Verhältnis von Gesellschafterversammlung und Geschäftsführung es verböten, die für die OHG geltende Regelung ohne weiteres auch auf die personalistische GmbH zu übertragen.

Der h.M. ist zuzustimmen. Schon der klare Gesetzeswortlaut, der in § 6 Abs. 3 Satz 1 die Geschäftsführerbestellung eines Gesellschafters derjenigen eines Unbeteiligten gleichstellt, bestätigt die Ansicht, daß sich auch § 38 Abs. 1 auf beide Fälle bezieht. Des weiteren treffen die Gründe, aus denen der Gesetzgeber für die Entziehung der Leitungsbefugnis des Vorstandes einer AG und des geschäftsführenden Gesellschafters einer Personengesellschaft das Vorliegen eines wichtigen Grundes fordert, auf die GmbH nicht zu. Die Beschränkung des Widerrufs der Bestellung des Vorstandes einer AG (§ 84 Abs. 3 AktG) dient dazu, den Vorstandsmitgliedern, denen nach § 76 AktG die eigenverantwortliche Leitungsmacht zusteht, eine gewisse Unabhängigkeit vom Aufsichtsrat einzuräumen und das Betreiben einer kontinuierlichen Geschäftspolitik zu ermöglichen. Bei der GmbH dagegen haben die Geschäftsführer, ob Gesellschafter oder nicht, keine eigenverantwortliche Unternehmensleitung. Ihnen steht nur ein begrenzter autonomer Entscheidungsbereich zu, dem einerseits die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft, andererseits eine Reihe von Amtspflichten, wie z.B. die Pflicht zur Sorge für eine ordnungsgemäße Buchführung und Bilanzierung, zuzurechnen sind[14]. Über diesen Rahmen hinaus haben die Gesellschafter die oberste Organisationsgewalt und dürfen durch Weisungserteilung nicht nur die Grundsätze der Unternehmenspolitik und außergewöhnliche Geschäftsführungsmaßnahmen, sondern auch Entscheidungen über die laufenden Geschäfte an sich ziehen[15], so daß die

---

14) So Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 37 Rdn. 7.

15) H.M.: Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 37 Rdn. 8f.; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 37 Anm. 3o; Zöllner, Mitbestimmung, S. 325f.; H.P. Westermann, Leitbild, S. 194; Feine, S. 467, 5o4; a.A. Hommelhoff, S. 127f., der, zur Abwendung der Verlagerung des unternehmerischen Initiativ- und Entscheidungszentrums von den Geschäftsführern auf die Gesellschafter, einen weiteren Mindestbereich autonomen unternehmerischen Ermessens der Geschäftsführer befürwortet.

Dem Geschäftsführer darf aber nach h.M. die Geschäftsführungsbefugnis durch die Satzung nicht in vollem Umfang entzogen werden: Baumbach-Hueck, § 35 Anm. 1 A, § 37 Anm. 2 A; Immenga, S. 93; Zöllner, aaO.; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 37 Anm. 28 (jedoch für die GmbH, die nur einen Geschäftsführer hat).

Geschäftsführer auch reines Ausführungsorgan werden können. Ausdruck dieser weitgehenden Weisungsgebundenheit der Geschäftsführer ist der Grundsatz der freien Widerruflichkeit ihrer Organstellung, der im § 38 Abs. 1 statuiert ist.

Andererseits bedarf die Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH[16] nicht des weitgehenden Schutzes, den der geschäftsführende Gesellschafter einer Personengesellschaft durch die Anknüpfung der Entziehung seiner Leitungsbefugnis an erschwerte Voraussetzungen genießt. Zwar würde auch hier die jederzeitige Abberufung einen Eingriff in die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander[17] und eine Gefährdung der Existenzgrundlage des Gesellschafter-Geschäftsführers bedeuten. Andererseits wird dem Schutzbedürfnis des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers jedoch dadurch Rechnung getragen, daß nach h.M. sein Anstellungsverhältnis und damit seine finanzielle Versorgung nicht selten bestehen bleiben[18]. Weiterhin ist er bei der Abstimmung über seine Abberufung ohne wichtigen Grund stimmberechtigt; des weiteren ist in Ausnahmefällen sogar eine sich aus der Treupflicht ergebende Begrenzung der Stimmrechtsmacht seiner Mitgesellschafter anzunehmen.

Schließlich darf nicht übersehen werden, daß, wie auch Schönle-Ensslin ausführen[19], sich die Gesellschafter, durch

---

16) Dabei darf nicht vergessen werden, daß es sich immer um eine personalistische GmbH handelt, in deren Satzung kein ausdrücklicher oder konkludenter Ausschluß der freien Widerruflichkeit enthalten ist.

17) Solche Beziehungen sind auch zwischen den GmbH-Gesellschaftern zu bejahen; vgl.: Ballerstedt, Kapital, S. 181ff.; Zöllner, Schranken, S. 432; Immenga, S. 27off.; Petersen, S. 48; nur für die personalistische GmbH: Winkler, aaO., S. 52; Reuter, aaO., S. 137.

18) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 6; Borrmann, S. 13.

19) Schönle-Ensslin, Abberufung 1968, S. 25; dies., Abberufung 1969, S. 1o7.

die Wahl der Form der GmbH nebenbei die Vorteile der jederzeitigen Abberufbarkeit der Geschäftsführer, insbesondere die Berücksichtigung des Interesses jedes einzelnen Gesellschafters an dem Geschäftsführeramt, zu eigen machen wollten.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, daß, soweit der Satzung einer personalistischen GmbH weder die ausdrückliche Beschränkung der Abberufung auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2, noch deutliche Anhaltspunkte für die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts entnommen werden können, die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers jederzeit möglich ist.

## § 3. DIE BESCHRÄNKUNG DER FREIEN WIDERRUFLICHKEIT AUF DAS VORLIEGEN WICHTIGER GRÜNDE NACH § 38 ABS. 2 GMBHG

### I. Arten der Beschränkung

#### 1. Die gesetzliche Beschränkung

Unterliegt die GmbH einem der Mitbestimmungsgesetze[1], so kann die Abberufung ihrer Geschäftsführer und Arbeitsdirektoren nur nach § 84 Abs. 3 AktG, d.h. nur beim Vorliegen eines wichtigen Grundes und nur vom Aufsichtsrat vorgenommen werden (§§ 12 MontanmitbestG, 13 MontanmitbestErgG und 31 MitbestG, die als Sonderregelungen die Anwendung des § 38 Abs. 1 GmbHG ausschließen).

Bei der personalistischen GmbH kommt einer solchen Beschränkung der freien Widerruflichkeit nur geringe Bedeutung zu. Die Voraussetzungen für die Anwendung eines der Mitbestimmungsgesetze (die Beschäftigung einer hohen Arbeitnehmerzahl[2] bzw. nach § 3 MontanmitbestErgG Beherrschung von Konzernunternehmen und abhängigen Unternehmen, die unter das MontanmitbestG fallen und einen bestimmten Umsatz erzielen) werden nur selten erfüllt sein. Die personalistische GmbH ist eine Arbeits- und Tätigkeitsgemeinschaft, deren Mitglieder sich der Rechtsform der GmbH statt derer der OHG, meistens aus Haftungsbeschränkungsgründen, bedienen. Es handelt sich um kleine und mittelständische Unternehmen, bei denen oft die Gesellschafter selbst die Geschäfte führen und die Pflicht zu sonstiger tätiger Mitarbeit übernehmen[3], so daß

---

1) Mit Ausnahme des BetrVG 1952, dessen § 77 Abs. 1 auf § 84 Abs. 3 AktG nicht verweist, also die freie Widerruflichkeit nach § 38 Abs. 1 nicht ausschließt.

2) Vom MontanmitbestG werden diejenigen Gesellschaften mbH erfaßt, die in der Regel mehr als 1ooo Arbeitnehmer beschäftigen, vom MitbestG diejenigen, die in der Regel mehr als 2ooo Arbeitnehmer beschäftigen.

3) Auf diese Eigenart der personalistischen (Vertrags-)GmbH stützen sich Erwägungen für ein unterschiedliches Ausmaß der Mitbestimmung in der kapitalistischen und der personalistischen GmbH. Vgl. Reuter, Einfluß der Mitbestimmung, S. 54off.; Reuter-Körnig, S. 5o8ff.; MünchKomm-Reuter, Vor § 21. RdNr. 57f., 92. Reuter will ferner die §§ 31, 33 MitbestG nur auf die Fälle außergesellschaftsvertraglicher Bestellung der Geschäftsführer anwenden.

zusätzlich wenige Nichtgesellschafter beschäftigt werden. Aus einer Umfrage, die von der Centrale für GmbH durchgeführt wurde, ergibt sich, daß von 977 befragten Gesellschaften mbH, deren ausgefüllte Fragebogen auswertbar waren, nur 46 Gesellschaften, d.h. 4,7 v.H., über eine Beschäftigtenzahl zwischen 5oo und 2ooo verfügten, während nur bei 19 Gesellschaften mbH, d.h. 2,o v.H., mehr als 2ooo Arbeitnehmer beschäftigt waren[4]. Daraus ergibt sich, daß bei einer personalistischen GmbH eine satzungsmäßige Beschränkung der freien Widerruflichkeit in der großen Mehrzahl der Fälle möglich ist.

2. Die satzungsmäßige Beschränkung

a) Die ausdrückliche satzungsmäßige Beschränkung

In § 38 Abs. 2 räumt das GmbHG den Gesellschaftern die Möglichkeit ein, in der Satzung[5] die Abberufung der Geschäftsführer vom Vorliegen eines wichtigen Grundes abhängig zu machen. Durch diese Regelung, mit der eine starke Annäherung an das Personengesellschaftsrecht erreicht wird, trägt das Gesetz hauptsächlich den Besonderheiten einer personalistischen GmbH Rechnung[6].

Da die Widerruflichkeit zwingendes Recht[7] ist, kann sie darüber hinaus weder eingeschränkt noch völlig ausgeschlossen

---

4) Winter, S. 122.

5) Ob auch eine Beschränkung außerhalb der Satzung zulässig ist, wird unten, S.34ff., untersucht.

6) S. Entwurf GmbHG, S. 88; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 1o; Harde, S. 45.

7) Allgemeine Meinung: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 2o; H.P. Westermann, Abberufung, S. 48; Goerdeler, S. 2oo; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 42; Handbuch-Eder, Rz. I. 552; Rücker, S. 5; Winkler, Lückenausfüllung, S. 4of.; Harde, S. 52; Sudhoff, Rechte und Pflichten, S. 3o; Fischer, Rechtsquelle, S. 134; Feine, S. 475; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2A; Eder, S. 22; Vogel, § 38 Anm. 2; ders., Satzungsmäßige Mehrheiten, S. 18o; Brodmann, § 38 Erl. 3a; KG, JW 1939, 492; RGZ 124, 371, (379); RGZ 17o, 358, (368); OLG Frankfurt a.M., GmbHRspr. II, R. 11 zu § 38; BGH, MDR 1969, 642; OLG Stuttgart, GmbH-Rdsch. 1957, 59, (6o); vgl. auch Entwurf GmbHG, S. 88 und die Erläuterungen zu § 183 Entwurf HGaE, S. 41.

werden[8]; sie folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, daß Dauerrechtsverhältnisse, die stark in die Lebensbetätigung der Beteiligten eingreifen oder ihr ungestörtes gegenseitiges Vertrauen erfordern, vorzeitig gelöst werden können, wenn ein wichtiger Grund vorliegt[9]. Deshalb muß im Zweifel ein statutarischer völliger Verzicht auf die Widerruflichkeit selbst zugunsten eines sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers gesetzeskonform und damit einschränkend dahin ausgelegt werden, daß die Abberufung des Geschäftsführers nur aus wichtigem Grunde erklärt werden kann[10].

Sehr streitig ist, ob eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit nur für einen Gesellschafter-Geschäftsführer möglich ist. Schönle-Ensslin[11] vertreten die Ansicht, daß selbst eine Satzungsbestimmung einem Nichtgesellschafter-Geschäftsführer einer GmbH kein unentziehbares Recht darauf einräumen könne, nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen zu werden. Die Ausnahmen von den Regelungen des § 117 HGB, d.h. die jederzeitige Abberufbarkeit eines

---

8) Ein Fall unzulässiger Erschwerung der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde liegt u.a. dann vor, wenn ein Gesellschafter sich aufgrund eines Stimmbindungsvertrags verpflichtet hat, sein Stimmrecht nach Weisungen des Geschäftsführers auszuüben. Da die Einhaltung dieser Verpflichtung im Falle der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde idR (insb. bei starker Beteiligung des verpflichteten Gesellschafters am Stammkapital) dem völligen Ausschluß der Widerruflichkeit gleichkäme, kann der Gesellschafter unter Außerachtlassung der Stimmbindung sein Stimmrecht frei ausüben; vgl. dazu Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 48 (unter Berufung auf RGZ 124, 371, 479); Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 29.
Als Erschwerung der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde ist auch eine Vereinbarung, durch die die Gesellschaft sich verpflichtet, eine Vertragsstrafe zu zahlen, falls sie die Abberufung des Geschäftsführers aus wichtigem Grunde aussprechen sollte, unzulässig (so RG, JW 1911, 4o8 für den Fall der außerordentlichen Kündigung des Anstellungsvertrages von Vorstandsmitgliedern). Zulässig ist dagegen die Vereinbarung einer Vertragsstrafe, wenn der wichtige Abberufungsgrund nicht auf Verschulden des Geschäftsführers zurückzuführen ist (so Brodmann, § 38 Erl. 3a) oder wenn die Abberufung ohne wichtigen Grund erfolgt (so RG, LZ 19o8, Sp. 166).

9) Vgl. BGHZ 9, 157, (161f.); Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 8; Immenga, S. 99 Fn. 295.

1o) Vgl. Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 3; Handbuch-Eder, Rz. I. 552; Harde, S. 57f.; Winkler, aaO., S. 41; Fischer, aaO., S. 134; OLG Hamburg, OLGRspr. 8, 259f.

11) Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 1o3ff.

geschäftsführenden Nichtgesellschafters bei einer Personengesellschaft und eines Prokuristen (bis auf die gesellschaftsvertraglich erteilte Prokura eines Kommanditisten) nach § 52 Abs. 1 HGB machten deutlich, daß die Einschränkung der Entziehbarkeit von weiterreichenden Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen grundsätzlich nur durch eine Gesellschafterstellung des Begünstigten gerechtfertigt sei. Dem entspreche außerdem, daß der Nichtgesellschafter den Gesellschafterbeschluß nicht anfechten und nicht die weitere Zulassung zur Geschäftsführung, sondern allenfalls Schadensersatzansprüche wegen Verletzung des Anstellungsvertrages verlangen könne. Alledem lasse sich entnehmen, daß eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit nach § 38 Abs. 2 nur für einen Gesellschafter-Geschäftsführer möglich sei. Dieser Meinung stimmt auch Reuter[12] mit folgender Begründung zu: Grundsätzlich rufe das Handeln der Gesellschaft durch Nichtgesellschafter mit relativ unabhängigen (nicht frei widerruflichen) Mandaten Bedenken hervor. Auch eröffne § 38 Abs. 2 den Weg, die Widerruflichkeit des Geschäftsführungsamtes schlechthin auf das Vorliegen wichtiger Gründe zu begrenzen nur dann, wenn das Geschäftsführungsamt Bestandteil eines Mitgliedschaftsrechts sei. Sonst wäre es widersprüchlich, Nichtgesellschaftern die nicht frei widerrufliche Prokura nach § 52 I HGB wegen deren Gefährlichkeit für die Gesellschaft zu verwehren, andererseits ihnen jedoch die weiterreichende nicht frei widerrufliche Vertretungsmacht des Geschäftsführers zuzugestehen. Deshalb beziehe sich die fakultative beschränkte Widerruflichkeit der Geschäftsführung nur auf die personalistische GmbH.

Die h.M.[13] dagegen nimmt an, daß eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit auch zugunsten eines Fremdgeschäfts-

---

12) Vgl. Reuter, Perpetuierung, S. 16of.; ders., Wesenselemente, S. 129ff.; MünchKomm-Reuter, § 27 RdNr. 1o.

13) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 21; H.P.Westermann, Abberufung, S. 48; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 4o, 7o; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Vogel, Satzungsmäßige Mehrheiten, S. 18o; Fischer, Rechtsquelle, S. 134; Fleck, Abberufung, S. 221f.; Harde, S. 53f.; Winkler, aaO., S. 4o; Sudhoff, aaO., S. 31; Borrmann, S. 22ff.; Hopt, S. 5; vgl. auch Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3, der aber eine Beschränkung des Widerrufs im ausschließlichen Interesse des Fremdgeschäftsführers für unzulässig hält.

führers statuiert werden kann. Fleck[14] ist der Auffassung, daß Wortlaut und systematischer Zusammenhang des § 38 Abs. 2 diese Ansicht bestätigen. Weiter widerspricht er der Ansicht von Schönle-Ensslin, ein Nichtgesellschafter könne nicht den Gesellschafterbeschluß anfechten und seine weitere Zulassung zur Geschäftsführung verlangen; er erkennt ein sachliches Bedürfnis an, auch die Abberufung eines Fremdgeschäftsführers vom Vorliegen wichtiger Gründe abhängig zu machen. Dieses Bedürfnis sei meistens gegeben, wenn die Wahrung der Kontinuität der Geschäftsführung erstrebt werde oder wenn es eine Gesellschaftergruppe oder eine als Gesellschafterin beteiligte juristische Person gebe, die ihren Einfluß auf die Besetzung des Geschäftsführeramtes bewahren wolle, aber bei der personellen Auswahl nicht an den Kreis der Gesellschafter oder ihrer gesetzlichen Vertreter gebunden sein wolle, so daß sie eine Regelung erwirke, die besagt, daß der durch ihr Vertrauen berufene Fremdgeschäftsführer nur aus wichtigem Grunde abberufen werden dürfe.

Auch hier ist der h.M. beizutreten. Der Gesetzeswortlaut des § 38 Abs. 2, der nicht auf die Gesellschaftereigenschaft des Geschäftsführers abstellt, spricht dafür, diese Regelung auf die Abberufung von Gesellschafter-Geschäftsführern und Fremdgeschäftsführern unterschiedslos anzuwenden. Außerdem darf nicht übersehen werden, daß das GmbHG den Gesellschaftern eine weitgehende Freiheit in der Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen einräumt und sowohl personalistischen als auch kapitalistischen Personenzusammenschlüssen das geeignete Instrument für die Berücksichtigung ihrer unternehmerischen Ziele und wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnisse zur Verfügung stellt. Der Gesetzgeber hat durch die Regelung des § 38 Abs. 2 hauptsächlich den Bedürfnissen der personalistischen GmbH und insbesondere dem persönlichen Erhaltungsinteresse des Gesellschafter-Geschäftsführers Rechnung getragen[15]. Gleichwohl kann diese Regelung auch den Bedürfnissen einer kapitalistischen GmbH dienen; dies ist meistens

---

14) S. Fleck, aaO., S. 222.
15) S. oben Fn. 6.

der Fall, wenn die Kontinuität der Geschäftsführung von erheblicher Bedeutung ist, sei es für die Gesellschaft selbst, sei es für einen besonders tüchtigen Fremdgeschäftsführer, der das Geschäftsführungsamt nur dann annehmen will, wenn ihm die Kontinuität seiner Geschäftspolitik und finanziellen Versorgung durch eine statutarische Klausel im Sinne des § 38 Abs. 2 gewährleistet wird. Diese Regelung erlangt praktische Bedeutung, wenn ein Sonderrecht auf Bestellung bzw. Präsentation eines Geschäftsführers vorliegt, worauf Fischer und Westermann zutreffend hinweisen[16]. Übt der Gesellschafter sein Sonderrecht aus und bestellt bzw. präsentiert er einen Dritten als Geschäftsführer, ist die Abberufung des Fremdgeschäftsführers ohne die Zustimmung des Sonderberechtigten nur aus wichtigem Grund zulässig[17]. Als Ergebnis ist deshalb festzuhalten, daß eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2 auch für einen Fremdgeschäftsführer möglich ist.

b) Die konkludente satzungsmäßige Beschränkung
   aa) Die Einräumung eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung

Bei einer personalistischen GmbH versuchen die Gesellschafter Einfluß auf die Geschäftsführung zu gewinnen, insbesondere zu der Schlüsselposition der Geschäftsführer zu gelangen. Eine Besetzung dieses Postens bedarf zu ihrer Aufrechterhaltung jedoch einer Absicherung, die am wirkungsvollsten durch die Einräumung eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung verwirklicht werden kann.

Dieses Recht kann zunächst allen Gesellschaftern zugestanden werden; es stellt dann einen Bestandteil der Mitgliedschaft dar. In einem solchen Fall handelt es sich um ein relativ[18]

16) Scholz-Fischer[10], § 38 Anm. 3, 5; H.P. Westermann, aaO.
17) Ausführlich dazu s. unten S. 30.
18) Während die relativ (oder gewillkürt) unentziehbaren allgemeinen Mitgliedschaftsrechte (dazu: Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 25ff.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 15; Rücker, S. 81f.) nur mit Zustimmung des Rechtsinhabers entzogen oder eingeschränkt werden können, stehen die absolut unentziehbaren allgemeinen Mitgliedschaftsrechte (dazu: Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 24; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 14; Rücker, S. 80f.) den Gesellschaftern kraft zwingender Rechtsnormen zu und können weder im ursprünglichen noch im geänderten Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen oder eingeschränkt werden (z.B. das Recht zur Teilnahme an der Gesellschafterversammlung).

unentziehbares allgemeines Mitgliedschaftsrecht.

Nach einhelliger Ansicht[19] kann das Geschäftsführeramt auch nur einem Gesellschafter oder einer Gesellschaftergruppe als Sonderrecht eingeräumt werden. Unter Sonderrechten (Vorzugsrechten) versteht die heute ganz h.M.[20] diejenigen Mitgliedschaftsrechte, die einem Mitglied oder einer Mitgliedergruppe eine bevorzugte Rechtsstellung gegenüber den anderen Mitgliedern gewähren. Jedes Verbandsmitglied kann die Nachteile, die sich aus seiner Unterwerfung unter den Gesamtwillen (Majoritätsprinzip) ergeben, dadurch vermeiden, daß ihm im Gründungsstatut mit Zustimmung der übrigen Mitglieder oder durch Satzungsänderung[21] eine bevorzugte Rechtsstellung eingeräumt wird. Auch innerhalb einer GmbH kann die Zulässigkeit der Einräumung solcher Sonderpositionen aufgrund des GmbHG nicht ernsthaft in Zweifel gezogen werden[22].

---

19) Vgl. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o, § 14 Anm. 17; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 6 Rdn. 9; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 1o; Baumbach-Hueck, § 6 Anm. 3A und Übersicht vor § 13 Anm. 3B; Handbuch-Eder, Rz. I. 133, 395.1; Hopt, S. 5f., 28; Fischer, aaO., S. 132f.; ders., Die personalistische GmbH, S. 121; Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 1o5f.; Rücker, S. 4; Wiedemann, Übertragung und Vererbung, S. 35; Winkler, aaO., S. 17; Fleck, aaO., S. 223; Borrmann, S. 74; Harde, S. 6off.; Immenga, S. 94ff.; RGZ 17o, 358, (368); BGH, WM 1962, 2o1=1962. GmbH-Rdsch. 1962, 212. Abweichend Schulze, S. 457, der die Möglichkeit einer solchen Einräumung ablehnt.

2o) S. Rücker, S. 74 Fn. 4o; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 9; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 15. Zur historischen Entwicklung des Begriffs der Sonderrechte s. Rücker, S. 66ff. Zur Abgrenzung von anderen Mitgliedschaftsrechten s. Rücker, S. 8off.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 13ff.

21) Die allerdings nach Maßgabe des Grundsatzes der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter einstimmig zu erfolgen hat: MünchKomm-Reuter, § 35 RdNr. 4; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 16; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 1o; Rücker, S. 3. Nimmt man im Falle der nachträglichen Einführung einer satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts zugunsten des amtierenden Gesellschafter-Geschäftsführers an (s. dazu S. 23ff.), dann hat konsequenterweise auch diese Einführung aus denselben Gründen einstimmig zu erfolgen.

22) Vgl. aber MünchKomm-Reuter, § 35 RdNr. 2, der auf die kapitalistische (Satzungs-) GmbH diejenigen aktienrechtlichen Vorschriften (u.a. §§ 12, 1o1 AktG) analog anwenden will, die die Zulässigkeit von Sonderrechten begrenzen.

Als Sonderrechte können nicht nur Vermögensrechte, wie etwa das Recht auf erhöhten Anteil am Gewinn- und Liquidationserlös, sondern auch Mitverwaltungsrechte, wie etwa das Recht auf Versammlungsleitung oder auf Geschäftsführung eingeräumt werden. Da das Geschäftsführungssonderrecht, wie jedes Sonderrecht, eine für die gegenwärtigen und künftigen Mitglieder dauernde Regelung von unmittelbarer rechtlicher Bedeutung darstellt und außerdem eine weittragende Durchbrechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes enthält, bedarf es der Aufnahme in die Satzung[23]. Durch die Zuweisung eines Geschäftsführungssonderrechts wird eine Verbindung von Unternehmensbesitz und Unternehmensleitung und eine Annäherung an die Verhältnisse in einer Personengesellschaft erreicht, bei der ebenfalls die Geschäftsführungs- und die Vertretungsbefugnis mitgliedschaftlichen Charakter haben. Die Eigenart des Geschäftsführungssonderrechts ist seine höchstpersönliche Natur. Seine Gewährung beruht auf dem persönlichen Vertrauen, das die Mitglieder des oftmals kleinen Gesellschafterkreises in die tüchtige und ordnungsgemäße Geschäftsführung des konkreten sonderberechtigten Gesellschafters haben, dessen Fähigkeiten sie, im Gegensatz zu denen künftiger Gesellschafter, gut kennen. Deshalb geht das Geschäftsführungssonderrecht im Zweifel mit dem Mitgliedschaftsverlust unter[24], insbesondere erlischt es idR mit dem Tode des Berechtigten. Jedoch kann es vererblich gestaltet oder für den Erben neu begründet werden[25].

---

23) Ganz h.M.: Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 2 Rdn. 16, § 3 Rdn. 99; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 1o; Sudhoff, Die Familien-GmbH, S. 194; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 16; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 5; Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 13 Anm. 3B; Feine, S. 185, 288; Rücker, S. 3; Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 1o6; MünchKomm-Reuter, § 35 RdNr. 4; Handbuch-Eder, Rz. I. 159; Immenga, S. 94; Winkler, aaO., S. 23; Fleck, aaO., S. 223; Fischer, Rechtsquelle, S. 133 Fn. 23; Harde, S. 61; RGZ 79, 332, (336); RGZ 113, 241, (245); RGZ 165, 129, (131ff.); RGZ 17o, 358, (367f.); BGH, DB 1968, 2166 = BB 1968, 1399, (14oo) = NJW 1969, 131 = MDR 1969, 2o4 = LM, Nr. 4 zu § 35 BGB = WM 1968, 135o; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (13o); vgl. auch Entwurf GmbHG, S. 49.

24) Vgl. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 18; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 3 Rdn. 99; Harde, S. 63.

25) S. Töteberg, S. 72.

Es kann z.B. in der Satzung bestimmt werden, daß nach dem Tode des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers sein Sohn das Recht hat, Nachfolger seines Vaters im Geschäftsführeramt zu werden. In einer solchen Satzungsbestimmung ist nicht nur die betagte Geschäftsführerbestellung des Nachfolgers[26], sondern meistens auch ein Geschäftsführungssonderrecht zu seinen Gunsten zu erblicken[27].

Das Geschäftsführungssonderrecht kann auch mit dem Geschäftsanteil verknüpft sein. Es handelt sich dann um einen Vorzugsgeschäftsanteil[28]. Da mit Übertragung eines Vorzugsgeschäftsanteils die damit verbundenen Vorzugsrechte regelmäßig auf den jeweiligen Anteilserwerber übergehen, wird die Begründung eines mit einem Geschäftsführungssonderrecht ausgestatteten Vorzugsgeschäftsanteils nur in Ausnahmefällen anzutreffen sein; wegen der höchstpersönlichen Natur dieses Sonderrechts ist meistens eine Verbindung mit der Person des Gesellschafters und nicht mit dem Geschäftsanteil beabsichtigt. Die Geschäftsführerfunktion kann einem Gesellschafter nicht nur als Sonderrecht, sondern auch als Sonderpflicht auferlegt werden. In der Regel fallen Geschäftsführungssonderrecht und Geschäftsführungssonderpflicht zusammen. Es sind aber auch Fälle denkbar, in denen nur eine Geschäftsführungssonderpflicht ohne das korrespondierende Sonderrecht vorliegt. Grundlage für die Statuierung einer Geschäftsführungssonderpflicht ist § 3 Abs. 2, wonach den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere

---

26) Hängt die Verwirklichung dieses Rechts von der Erfüllung bestimmter satzungsmäßiger Voraussetzungen ab, z.B. von der Eignung des Berechtigten zum Geschäftsführer oder dem Bedürfnis der Gesellschaft nach einer Bestellung, ist eine Wertung dieser Erfüllung und infolgedessen ein Bestellungsbeschluß der Gesellschafter erforderlich. Umstritten ist aber, ob diese Satzungsbestimmung gleichzeitig den übrigen Gesellschaftern die Verpflichtung auferlegt, für die Bestellung des Berechtigten zu stimmen, falls die satzungsmäßigen Voraussetzungen erfüllt sind (Stimmbindung). Die h.M. hält Stimmbindungen durch Satzung für unzulässig und unwirksam (vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 6o m.w.N.), während eine Mindermeinung dagegen eine solche Stimmbindung für wirksam (vgl. Scholz, 5. Aufl., § 47 Anm. 7; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 24) und erzwingbar (dazu Peters, S. 331ff.) hält.

27) So Scholz, Tod des Geschäftsführers, S. 58; vgl. auch den Sachverhalt im Urteil RGZ 17o, 358ff.

28) S. dazu Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 5 Rdn. 137ff.; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 41.

Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt werden können[29].

Durch die Auferlegung von Geschäftsführungssonderpflichten (wie überhaupt durch die Begründung von Nebenleistungspflichten jeder Art) wird eine starke Annäherung an die Personengesellschaften erreicht. Der Auferlegung von Geschäftsführungssonderpflichten bedienen sich sehr oft Arbeitsgemeinschaften, die sich die Arbeitskraft ihrer Mitglieder sichern wollen[3o].

Auch eine Geschäftsführungspflicht muß in die Satzung aufgenommen werden. Ob eine echte gesellschaftliche Geschäftsführungssonderpflicht vorliegt oder nur eine schuldrechtliche Verpflichtung gewollt ist, die nur bei Gelegenheit der Errichtung der Satzung in diese aufgenommen wurde, ist eine Auslegungsfrage. Nur im Zweifel ist die Geschäftsführungssonderpflicht höchstpersönlich.

Liegt nur eine Geschäftsführungssonderpflicht vor, ohne daß dem Gesellschafter-Geschäftsführer gleichzeitig auch ein Geschäftsführungssonderrecht eingeräumt wurde, ist seine Abberufung jederzeit möglich, vorausgesetzt, sie wurde nicht in der Satzung auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränkt. Wie bereits ausgeführt, braucht sich die Gesellschaft die Dienste des Verpflichteten nicht aufdrängen zu lassen[31].

bb) Anhaltspunkte für die Annahme eines Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung

aaa) Allgemeines

Wie oben betont wurde, bedarf ein Geschäftsführungssonderrecht der Aufnahme in die Satzung. Für die Annahme eines

---

29) Obliegt aber allen Gesellschaftern eine Geschäftsführungssonderpflicht, handelt es sich nicht um eine echte Geschäftsführungssonderpflicht, weil sie keine Sonderbelastung einzelner Gesellschafter im Verhältnis zu den anderen darstellt; vgl. auch Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 22a; Petersen, S. 61; Zöllner, Schranken, S. 112.

3o) Von den 162 = 16 v.H. der befragten Gesellschaften, bei denen Nebenleistungspflichten bestehen, ist bei 96 = 6o v.H. dieser Gesellschaften eine Geschäftsführungssonderpflicht vereinbart worden: Winter, S. 147.

31) S. auch S.6 Fn. 6.

Geschäftsführungssonderrechts ist dessen ausdrückliche Einräumung nicht erforderlich. Diese ist auch nur in den seltensten Fällen anzutreffen, weil die Gesellschafter oft die erheblichen Unterschiede der Bestellungsmöglichkeiten nicht kennen[32]. Vielmehr kommt eine solche Annahme bei Feststellung deutlicher Anhaltspunkte in Betracht[33]. Fraglich ist, ob sich diese deutlichen Anhaltspunkte aus der Satzung selbst ergeben müssen, oder ob auch andere, außerhalb der Satzung liegende Umstände, insbesondere Vorbesprechungen, Absichten und Motive der Gesellschafter mitberücksichtigt werden können. Die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts ist eine körperschaftliche Vereinbarung[34], die im Gegensatz zu individualrechtlichen Vereinbarungen den allgemeinen vertraglichen Auslegungsgrundsätzen der §§ 133, 157 BGB nicht zugänglich ist. Wegen der einschneidenden Auswirkungen dieser wesentlichen Vereinbarung auf die Rechtsstellung des sonderberechtigten Gesellschafters (u.a. erschwerte Abberufungsvoraussetzungen) müssen spätere Anteilserwerber in der Lage sein, durch Einsicht in die Satzung die Einräumung eines solchen Sonderrechts festzustellen. Es kann deshalb festgehalten werden, daß, abgesehen von den Fällen ausdrücklicher Einräumung, die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts nur dann gerechtfertigt ist, wenn sich aus dem ganzen Sinnzusammenhang der Satzung deutliche, objektive Anhaltspunkte dafür ergeben[35]. Wegen seiner einschneidenden Bedeutung ist im Zweifel das Bestehen eines solchen Sonderrechts zu verneinen.

---

32) Immenga, S. 95; Winkler, Lückenausfüllung, S. 24. Limbach, Theorie und Wirklichkeit, S. 57, konnte nur bei 1o der 486 untersuchten Gesellschaften eine ausdrückliche bzw. mittelbare Zuweisung eines Geschäftsführungssonderrechts feststellen.

33) Dies gilt auch für ein relativ unentziehbares allgemeines Mitgliedschaftsrecht auf Geschäftsführung, so daß die folgenden Ausführungen auch für dieses Recht gelten.

34) S. Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 2 Rdn. 119ff.

35) H.M.: Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 2 Rdn. 123, § 3 Rdn. 41 und § 6 Rdn. 9; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3; Immenga, S. 95; Baumbach-Hueck, § 3 Anm. 1F; Winkler, aaO., S. 12, 24; Borrmann, S. 77ff.; Schönle-Ensslin, aaO., S. 1o6; RG, JW 1919, 313 Nr. 15; BGH, NJW 1969, 131 = DB 1968, 2166 = BB 1968, 1399, (14oo) = MDR 1969, 2o4 = LM, Nr. 4 zu § 35 BGB = WM 1969, 135o; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (13o).
A.A. für die personenbezogene GmbH: Hachenburg, Anm. zu RG, JW 1919, 313f. Nr. 15, ebenda.

bbb) Einzelne in Betracht kommende Anhaltspunkte

aaaa) Die Bestellung des Gesellschafter-Geschäftsführers in der Satzung

Es ließe sich zwar daran denken, daß die Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer nach § 6 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 einen Anhaltspunkt für die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts darstellt; jedoch reicht diese Bestellungsart allein für eine solche Annahme wohl nicht aus[36]. Nach allgemeiner Ansicht wird die Geschäftsführerbestellung meistens bei Errichtung der Satzung in diese aufgenommen[37], so daß, wenn zusätzlich nicht andere Anhaltspunkte vorliegen, aus der bloßen Geschäftsführerbestellung in der Satzung nicht auf ein Geschäftsführungssonderrecht geschlossen werden kann.

bbbb) Die Annäherung an die Personengesellschaften

Liegt eine GmbH vor, die die Koordination der komplementären individuellen Interessen einer geringen Zahl von Gesellschaftern durch die wechselseitige Ergänzung ihrer Fähigkeiten und Vertrauensbeziehungen bezweckt, ist die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts besonders naheliegend. Die Gesellschafter bedienen sich oft weitgehend der gesetzlichen Ermächtigung zu einer abweichenden Gestaltung der GmbH in Richtung auf die Personengesellschaften und regeln ihre Rechtsbeziehungen in Anlehnung an die Verhältnisse einer Personengesellschaft und insbesondere einer OHG

---

36) Allgemeine Auffassung: Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 5 Rdn. 146, § 6 Rdn. 9; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 3o; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3; Rücker, S. 4; H.P. Westermann, Abberufung, S. 49; Handbuch-Eder, Rz. I. 552.1; Borrmann, S. 8o; Wieland II, S. 296; Fleck, aaO., S. 223; Limbach, aaO., S. 56; Feine, S. 473; Hopt, S. 28; Winkler, aaO., S. 23f.; Immenga, S. 95; Sudhoff, Rechte und Pflichten, S. 24; ders., Die Familien-GmbH, S. 194; Fischer, Rechtsquelle, S. 133 Fn. 23; RG, JW 1919, S. 313, Nr. 15; RG, LZ 19o9, Sp. 75, (76); RGZ 44, 95, (98); BGH, NJW 1969, 131 = MDR 1969, 2o4 = DB 1968, 2166 = BB 1968, 1399, (14oo) = WM 1968, 135of. = LM, Nr. 4 zu § 35 BGB; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (13o). Nach Limbach, aaO., bedienen sich die Gesellschafter fast ausschließlich der Möglichkeit der Geschäftsführerbestellung in der Satzung.

37) In einem solchen Fall stellt sie außerdem keinen echten Satzungsbestandteil dar, dessen Änderung den Satzungsänderungserfordernissen unterliegen würde.

(indem z.B. das Drittorganschaftsprinzip ausgeschaltet wird, die Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile beschränkt werden, die Auflösung der Gesellschaft nach § 60 Abs. 2 auch aus persönlichen Gründen gestattet wird usw.). In diesen Fällen wird oftmals die Geschäftsführerbestellung in der Satzung als Bestandteil dieser vertraglichen Gestaltung des Gesellschaftsverhältnisses nach Art einer Personengesellschaft aufzufassen sein[38].

cccc) Die satzungsmäßige Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit

Erfolgt die Geschäftsführerbestellung eines Gesellschafters in der Satzung und wird zugleich seine jederzeitige Abberufbarkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2 beschränkt, ist nach h.M.[39] darin - wegen der dadurch geschaffenen Selbständigkeit und Unabhängigkeit der Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers - die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts zu sehen.

Dem ist m.E. zu widersprechen. Ein Geschäftsführungssonderrecht kann nur angenommen werden, wenn deutliche Anhaltspunkte darauf hindeuten, daß dem Gesellschafter eine ohne seine Zustimmung nur aus wichtigem Grunde[40] antastbare Geschäftsführerstellung zugewiesen wird. Keinen solchen Anhaltspunkt bietet die Tatsache, daß durch die Regelung des § 38 Abs. 2 ihm im Rahmen der Reflexwirkung eine bestandskräftige Stellung vermittelt wird[41].

---

38) Vgl. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Immenga, S. 95; Winkler, aaO., S. 24f.; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (13o). Vgl. auch RG, LZ 19o9, Sp. 75, (76), das die Faustregel aufstellt, die Bestellung eines Gesellschafters zum Geschäftsführer habe nur dann mitgliedschaftlichen Charakter, wenn das Bestehen und Fallen des Vertrages davon abhängig gemacht wird, daß dieser Gesellschafter eine der Geschäftsführerstellen verwalte.

39) Vgl. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Rücker, S. 4f.; Liebmann-Saenger, § 38 Anm. 3; Winkler, aaO., S. 26; ders., Bestandteile, S. 413; Brodmann, § 38 Erl. 3a; Neukamp-Becker, § 38 Anm. 2; Jung-Senssfelder, S. 56ff.; RG, LZ 1916, Sp. 8o9; RG, JW 1919, 313 Nr. 15; zweifelnd: Immenga, S. 95.

4o) Dazu s. unten S. 28ff.

41) S. Borrmann, S. 81f.; Feine, S. 185, 477 Fn. 54; Harde, S. 61f., der aber an anderer Stelle (S. 56 Fn. 4) widersprüchlicherweise die Beschränkung nach § 38 Abs. 2 für ausreichend hält.

Des weiteren bestehen noch gewisse Unterschiede zwischen der Rechtsstellung eines Gesellschafter-Geschäftsführers, die durch die Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit abgesichert ist und derjenigen eines sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers. Zum einen unterliegt der erstgenannte nach § 37 Abs. 1 den Weisungen der Gesellschafterversammlung. Ein eventueller Verstoß gegen diese Weisungen kann einen wichtigen Abberufungsgrund darstellen[42], während der sonderberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer nach vielfach vertretener Auffassung[43] von Weisungen hinsichtlich der laufenden Geschäftsführungsangelegenheiten freigestellt ist.

Zum anderen wird die Rechtsstellung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers auch dadurch gekennzeichnet, daß seine Abberufung im Falle eines Streites über das Vorliegen eines wichtigen Grundes in entsprechender Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens solange als unwirksam zu behandeln ist, bis ihre Wirksamkeit durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt wird[44]. Handelt es sich dagegen um die Abberufung des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer kapitalistischen GmbH aus wichtigem Grunde, ist diese

---

42) Vgl. Borrmann, S. 81.

43) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 37 Anm. 64; Scholz-H.P. Westermann, 6. Aufl., Einleitung Anm. 58; Immenga, S. 96ff.; Borrmann, S. 76; Winkler, Lückenausfüllung, S. 32; Fischer, Rechtsquelle, S. 133. Diese Auffassung wird meistens damit begründet, daß die Bevorrechtigung nicht nur die Geltung von erschwerten Abberufungsvoraussetzungen bedeute, sondern sich auch auf Umfang und Inhalt der Geschäftsführungstätigkeit des Berechtigten beziehe, dem automatisch ein Mindestbereich autonomer Entscheidungsmacht zugesichert werde (vgl. etwa Winkler, aaO., S. 33: "Ein Recht, das nicht in der positiven Ausübung, sondern allein negativ im Ausschluß der Abberufung liegt, das nicht während der Dauer des Amtes, sondern erst bei seiner Beendigung zum Zuge kommt, ist schwerlich ein echtes Sonderrecht"). Im Gesetz ist jedoch keine Stütze dafür zu finden, daß die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts außer der erschwerten Antastbarkeit der Geschäftsführerstellung auch den Verzicht der übrigen Gesellschafter auf jede weitere Einflußmöglichkeit mit sich bringt. I.d.R. wird der sonderberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer einer personalistischen GmbH ausdrücklich oder konkludent von solchen Weisungen freigestellt.

44) Vgl. unten S. 87ff., insb. 99ff.

nach der hier vertretenen Auffassung im Falle eines solchen Streites solange als wirksam zu behandeln, bis ihre Unwirksamkeit rechtskräftig vom Gericht festgestellt wird.

dddd) Die Absicherung der Dauerstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers.

Ein deutlicher Anhaltspunkt für die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts ist jedenfalls der Umstand, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer auf Lebenszeit oder für die Dauer seiner Gesellschaftereigenschaft oder der Gesellschaft bestellt worden ist[45,46]. Obwohl auch in solchen Fällen eine Abberufung aus wichtigem Grunde immer möglich ist[47], kann hierbei nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß eine derartige Bekräftigung der Dauerstellung des konkreten Gesellschafter-Geschäftsführers seine begünstigte Rechtsstellung stark hervorhebt.

eeee) Die Statuierung des Einstimmigkeitsprinzips

Wird in der Satzung festgelegt, daß jeder Gesellschafterbeschluß[48] bzw. der Abberufungsbeschluß[49] einstimmig zu

---

45) Allgemeine Meinung: Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 35 Anm. 41; Neukamp-Becker, § 38 Anm. 2; Feine, S. 185; Brodmann, § 6 Erl. 2b; Borrmann, S. 82; Winkler, aaO., S. 27; ders., Bestandteile, S. 413; Immenga, S. 95, 97; Limbach, aaO., S. 56; Harde, S. 59; Fischer, aaO., S. 133 Fn. 23; Rücker, S. 4; Sudhoff, Rechte und Pflichten, S. 24; Wieland II, S. 296; RG, LZ 1914, Sp. 1762; LZ 1919, Sp. 596, (597); vgl. auch OLG Hamburg, GmbH-Rdsch. 1954, 188f. = MDR 1955, 1o9 = BB 1954, 978, das ein Geschäftsführungssonderrecht annimmt, wenn neben der Widerrufsbeschränkung in der Satzung bestimmt ist, daß die beiden einzigen GmbH-Gesellschafter während der Dauer ihrer Gesellschaftereigenschaft nebeneinander alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführer sein sollen.

46) Enthält die Satzung eine solche Absicherungsklausel zugunsten eines Fremdgeschäftsführers, wird diese im Zweifel dahin zu deuten sein, daß die Geschäftsführerabberufung nur aus wichtigem Grunde erfolgen kann. Vgl. Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 3, 13; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 4; OLG Hamburg, OLGRspr. 8, 259f.

47) Dazu unten S.28ff.

48) S. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 1o; Wieland II, S. 296; Winkler, Lückenausfüllung, S. 26.

49) Borrmann, S. 84ff.

fassen ist, ist die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts gerechtfertigt[5o]. Durch eine solche Bestimmung wird nicht nur der durch das Einvernehmen der Gesellschafter gekennzeichnete persönliche Charakter des Zusammenschlusses, sondern auch, wie Borrmann[51] ausführt, zumindest inzidenter die Notwendigkeit der Zustimmung nach § 35 BGB betont. Die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts ist dagegen nicht gerechtfertigt, wenn die Satzung zur Abberufung auch ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes eine 3/4 Mehrheit vorschreibt. Obwohl nach einigen Verfassern[52] schon diese Bestimmung ein Stück des Sonderrechts des Gesellschafter-Geschäftsführers bildet, muß nach zusätzlichen deutlicheren Anhaltspunkten gesucht werden, die eine solche Annahme gerechtfertigt erscheinen lassen.

Schließlich sei hier ergänzend angeführt, daß ein Geschäftsführungssonderrecht nicht ohne weiteres daraus gefolgert werden kann, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer Einzelgeschäftsführung hat[53] oder der einzige Geschäftskundige ist[54] oder seine Beteiligung am Stammkapital besonders stark ist[55] oder es sich um einen Gesellschafter-Geschäftsführer mit dem gelegentlich vorkommenden Titel eines "ersten Geschäftsführers" handelt[56].

---

5o) Eine solche Annahme ist auch dann gerechtfertigt, wenn zwar nicht Einstimmigkeit gefordert wird, aber wegen der tatsächlichen Stimmverteilung die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers ohne seine Zustimmung nicht zustande kommen kann; vgl. dazu ausführlich Borrmann, aaO. und RG, LZ 1916, Sp. 8o9.

51) Borrmann, S. 85.

52) Vgl. Hachenburg, Anm. zu RG, JW 1919, 313f. Nr. 15, ebenda; Winkler, aaO., S. 26f.; Wieland II, S. 296 Fn. 2o.

53) S. Borrmann, S. 86f.; vgl. aber OLG Hamburg, BB 1954, 978, wo ein Geschäftsführungssonderrecht angenommen wurde.

54) S. RG, LZ 19o9, Sp. 75, (76).

55) RG, aaO.; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 35 Anm. 41. Vgl. auch Borrmann, S. 88, der, unter Hinweis auf einen vom OLG Karlsruhe entschiedenen Fall (GmbH-Rdsch. 1967, 214f.) ein Geschäftsführungssonderrecht zu Recht auch dann annimmt, wenn dem Gesellschafter-Geschäftsführer statutarisch das Ankaufsrecht für einen Geschäftsanteil und insb. für den Geschäftsanteil seines Mitgesellschafters bei einer Zweimann-GmbH eingeräumt worden ist; zwar ziele eine solche Bestimmung in erster Linie auf die Erweiterung des Kapitalbesitzes des Gesellschafter-Geschäftsführers ab, führe aber nebenbei eine starke Verfestigung seiner Rechtsposition herbei.

56) H.P. Westermann, Abberufung, S. 49; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (13o).

cc) Die Abgrenzung des Geschäftsführungssonderrechts von einem Bestellungs-bzw. Präsentationsrecht

Das Geschäftsführungssonderrecht darf nicht mit dem Sonderrecht auf Bestellung eines Geschäftsführers verwechselt werden. Während durch das erste dem Berechtigten der Anspruch zukommt, als Geschäftsführer tätig zu sein, wird durch das zweite einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschaftergruppe die Möglichkeit eingeräumt, einen Geschäftsführer ernennen zu können. Zwar unterliegt die Geschäftsführerbestellung grundsätzlich der Bestimmung der Gesellschafterversammlung (§ 46 Nr. 5), da diese Vorschrift jedoch nach § 45 Abs. 2 abdingbar ist, kann die Geschäftsführerbestellung einem Gesellschafter, einer Gesellschaftergruppe (z.B. Familienstamm), einem anderen Gesellschaftsorgan (z.B. Aufsichtsrat) bzw. Organmitglied, selbst einem Dritten zugewiesen werden[57], so daß diesen die Eigenschaft des Kreationsorgans zukommt[58].

Ist die Zuständigkeit zur Geschäftsführerbestellung einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschaftergruppe übertragen worden, handelt es sich um ein Sonderrecht[59], das, wie jedes Sonderrecht, der Aufnahme in die Satzung bedarf[60].

---

57) H.M.: Scholz-Winter, 6. Aufl., § 6 Anm. 12; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 15; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 15; Feine, S. 474; Bondi, S. 285f.; Vitt, S. 37f.; Ulmschneider, S. 11, 15, 67; Vogel, § 6 Anm. 4; Klumpp, S. 56; Handbuch-Eder, Rz. I. 548; Sudhoff, aaO., S. 5f.; Wieland II, S. 157 Fn. 8; Baumbach-Hueck, § 6 Anm. 3A, § 46 Anm. 6A; Harde, S. 119; KG, JW 1926, 598f. mit zust. Anm. von Fischer; KG, GmbHRspr. IV, R. 12 zu § 6; die Zuständigkeit eines Dritten zur Geschäftsführerbestellung wird von Brodmann, § 46 Erl. 6b. und Teichmann, S. 196f. abgelehnt.
Die Bestellungszuständigkeit einer anderen Stelle erlangt dann besondere praktische Bedeutung, wenn ein bestimmender Gesellschafter (z.B. der Senior einer Familiengesellschaft) auch nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft seine spätere Berufung zum Geschäftsführer sichern will; diese Sicherung wird erreicht, indem im Gesellschaftsvertrag die Zuständigkeit zur Geschäftsführerbestellung einer ihm nahestehenden anderen Stelle übertragen wird; vgl. auch Gessler, S. 203.

58) S. Klumpp, aaO.; Feine, aaO.; Schilling in Hachenburg, aaO.

59) Nach heute einhelliger Auffassung kann auch die Bestellung bzw. die Präsentation eines Geschäftsführers Inhalt eines Sonderrechts sein: Meilicke-Meilicke, S. 111; Scholz-Fischer[10], § 35 Anm. 2a; MünchKomm-Reuter, § 35 RdNr. 3; Vitt, S. 41f.; Fleck, aaO., S. 223; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 17; Scholz-Karsten Schmidt, aaO.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 16.

60) Vgl. auch S. 18 Fn. 23.

Aus der Satzung muß aber klar hervorgehen, ob ein Bestellungs-(Ernennungs-, Berufungs-) oder ein Präsentationsrecht vereinbart worden ist. Im ersteren Falle wird die Organeigenschaft dem Geschäftsführer unmittelbar von dem Berechtigten kraft dessen eigener Zuständigkeit verliehen. Im zweiten Falle steht dem Berechtigten die Auswahl des Geschäftsführers zu, verbunden mit der entsprechenden Verpflichtung der Gesellschaft, bei der Bestellung des Präsentierten mitzuwirken (die Bestellung des Präsentierten kann allerdings aus wichtigem Grunde verweigert werden[61]). Möglich ist schließlich auch die Einräumung eines Sonderrechts zugunsten eines Gesellschafter-Geschäftsführers, seinen Nachfolger zu bestimmen und ihn selbst zum Geschäftsführer zu bestellen[62].

dd) Die Abberufung des Sonderberechtigten

Übt ein Gesellschafter[63] das Geschäftsführeramt als Sonderrecht aus[64], kann er ohne seine Zustimmung nur aus wichtigem Grunde abberufen werden[65]. Andererseits ist die

---

61) S. statt aller Vitt, S. 1o4ff.

62) S. Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 6 Rdn. 9; Handbuch-Eder, Rz. I. 548; BGH, GmbH-Rdsch. 1973, 279f. = WM 1973, 1295ff. = DNotZ 1974, 239ff.

63) Die Möglichkeit, auch einem Nichtgesellschafter ein unmittelbares eigenes Recht auf Geschäftsführung einzuräumen, wird von Fleck, aaO., befürwortet.

64) Die folgenden Ausführungen - soweit sie nicht eine Bevorrechtigung voraussetzen - gelten auch für den Fall, daß die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers bevorsteht, der sein Amt aufgrund eines (relativ unentziehbaren) allgemeinen Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung ausübt. Für die Einschränkung der Unentziehbarkeit macht es keinen wertungserheblichen Unterschied, ob die Befugnis dem Gesellschafter als Vorrecht eingeräumt ist oder ob sie außer ihm auch den übrigen Gesellschaftern zusteht: So Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 28. Vgl. auch Rücker, S. 1o3.

65) Einhellige Ansicht: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 23; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 3o; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2A; Handbuch-Eder, Rz. I. 552.1; Sudhoff, aaO., S. 31; Winkler, aaO., S. 4o; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 121; Fleck, aaO.; Schönle-Enßslin, Abberufung 1969, S. 1o5f.; Zöllner, Schranken, S. 239 Fn. 66; RG, LZ 19o8, Sp. 45o; OLG Frankfurt a.M., GmbHRspr. II, R. 11 zu § 38; RGZ 17o, 358, (368); BGH, WM 1962, 2o1 = GmbH-Rdsch. 1962, 212; BGH, DB 1968, 2166 = BB 1968, 1399, (14oo) = NJW 1969, 131 = MDR 1969, 2o4 = WM 1968, 135o = LM, Nr. 4 zu § 35 BGB; BGH, GmbH-Rdsch. 1982, 129, (131). Umgehung durch die Beurlaubung des Gesellschafter-Geschäftsführers, obwohl kein wichtiger Grund vorliegt, ist unzulässig: BGH, WM 1962, 2o1, (2o2) = GmbH-Rdsch. 1962, 212, (213).

Abberufung eines sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers immer dann möglich, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Zwar können nach § 35 BGB (der auch auf die GmbH als rechtsfähigen Verein anzuwenden ist) Sonderrechte eines Mitglieds ohne seine Zustimmung durch Beschluß der Mitgliederversammlung nicht beeinträchtigt (entzogen) werden. Der Zustimmung des Berechtigten bedarf es aber ausnahmsweise nicht, wenn ein wichtiger Grund für die Beeinträchtigung (Entziehung) des Sonderrechts vorliegt, d.h. wenn das weitere (unveränderte) Bestehen des Sonderrechts dem Verband nicht zugemutet werden kann[66]. Das Sonderrecht auf Geschäftsführung besteht nur mit den gesetzlichen Schranken, die dem Abberufungsrecht zwingenden Charakter verleihen; auch eine Unwiderruflichkeitsklausel zugunsten des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers hat keine stärkere Wirkung[67].

Die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit - auch Prinzip der schonenden Rechtsausübung genannt[68] - sind bei der Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers anzuwenden. Zum einen muß die Abberufung (wie auch die völlige Entziehung des Geschäftsführungssonderrechts) in angemessenem Verhältnis zu dem erstrebten Ziel (die bestmögliche Gewährleistung einer erfolgreichen Verfolgung des Gesellschaftszwecks) stehen. Zum anderen muß sie das letzte Mittel sein und kommt nicht in Betracht, wenn bei Berücksichtigung der gesamten Umstände

---

66) Die Möglichkeit der Beeinträchtigung (Entziehung) eines Sonderrechts bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gilt nicht nur für Sonderrechte, die sich auf eine Organstellung beziehen (so aber Soergel-Schultze-v.Lasaulx, § 35 Rz. 19; Enneccerus-Nipperdey, § 112 Fn. 2o; MünchKomm-Reuter, § 35 RdNr. 5; Winkler, aaO., S. 4o), sondern auch für alle Sonderrechte verwaltungsrechtlicher oder vermögensrechtlicher Art: vgl. Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 21; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 11; Rücker, S. 13o; Wolany, S. 18of.

67) Vgl. Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 1; Immenga, S. 99; Goerdeler, S. 2oo; RG, LZ 1919, Sp. 596, (597); OLG Frankfurt a.M., GmbHRspr. II, R. 11 zu § 38; RG, GmbHRspr. III, R. 2 zu § 38; BayObLG, GmbHRspr. IV, R. 7 zu § 38.

68) Zu seiner Bedeutung im Gesellschaftsrecht s. Meier-Hayoz/Zweifel, passim. Vgl. auch Zöllner, aaO., S. 351f.; ihm folgend Immenga, S. 274f.

auch andere, mildere Maßnahmen den Interessen der Gesellschaft gerecht werden. Als weniger einschneidende Maßnahmen seien hier die Einführung von Gesamtgeschäftsführung und -vertretung oder eine gegenständliche Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis nach § 37 Abs. 1 genannt[69].

Auch bei Vorliegen eines Sonderrechts auf Bestellung (Ernennung) des Geschäftsführers ist die freie Abberufbarkeit beschränkt. Dieses Sonderrecht darf ohne die Zustimmung des Sonderberechtigten nur aus wichtigem Grunde beeinträchtigt werden. Steht die Abberufungszuständigkeit nicht dem ernennenden Gesellschafter zu, ist die Abberufung des von ihm Ernannten durch das zuständige Abberufungsorgan ohne das Vorliegen eines wichtigen Grundes ausgeschlossen[7o]. Ähnliches gilt für das Präsentationsrecht eines Gesellschafters, durch das nur die Auswahl - nicht aber die Bestellungs- und Abberufungskompetenz - verliehen wird. Der präsentierte und von dem zuständigen Bestellungsorgan bestellte Geschäftsführer kann ohne wichtigen Grund nicht abberufen werden[71].

c) Die nachträgliche Einführung bzw. Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit

Die nachträgliche Einführung bzw. Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit findet im Wege der Satzungsänderung statt. Soweit nicht besondere Satzungserfordernisse im Sinne des § 53 Abs. 2 Satz 2 aufgestellt worden sind, fragt es sich, ob es für diese Satzungsänderung bei der gesetzlichen Regelung (§ 53 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2) bleibt, die eine 3/4 Mehrheit der abgegebenen Stimmen für erforderlich, aber auch genügend hält, oder ob zusätzlich gesetzliche Zustimmungserfordernisse zu berücksichtigen sind. Die Lösung dieser Streitfrage hängt davon

---

69) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, aaO.; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 71; vgl. auch H.P. Westermann, aaO., S. 51; für die Personengesellschaften s. Pabst, S. 893.

7o) Vgl. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 3o; Fleck, aaO.; Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 3.

71) S. Vitt, S. 156ff.; a.A. Harde, S. 64.

ab, ob man im Falle einer satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts zu Gunsten des Gesellschafter-Geschäftsführers annimmt oder nicht[72]. Für diejenigen, die eine solche Einräumung annehmen, bedarf die nachträgliche Einführung der satzungsmäßigen Beschränkung der Zustimmung aller Gesellschafter. Sonderpositionen können nachträglich nur mit der Zustimmung auch der nicht selbst bevorrechtigten (bzw. der benachteiligten) übrigen Gesellschafter eingeräumt werden; andernfalls würde das Gebot der gleichmäßigen Behandlung der Gesellschafter beeinträchtigt[73]. Der Zustimmung des bevorrechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers bedarf nach denselben Verfassern auch die nachträgliche Aufhebung der bestehenden Beschränkung[74]. Ein vorhandenes Sonderrecht kann ohne wichtigen Grund nur mit Zustimmung des Sonderberechtigten beeinträchtigt bzw. entzogen werden.

Schilling[75] leitet das Erfordernis der Zustimmung des Geschäftsführers daraus ab, daß die aufzuhebende Bestimmung Inhalt des einheitlichen Geschäftsführungsvertrages geworden sei, der durch die Bestellung des Geschäftsführers und ihre Annahme zustande gekommen sei, so daß diese Vertragsbestimmung nur einverständlich abgeändert werden könne.

Meiner Ansicht nach bedarf weder die nachträgliche Einführung der Zustimmung aller Gesellschafter noch die Aufhebung der Zustimmung des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers, weil, wie oben dargelegt wurde, die satzungsmäßige Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit allein nicht für die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts ausreicht. Das gesetzliche Erfordernis einer 3/4-Mehrheit der abgegebenen Stimmen ist grundsätzlich auch für diese Satzungsänderung als allein maßgebend und

---

72) S. dazu oben S. 23ff.
73) Vgl. S. 17 Fn. 21.
74) Vgl. etwa Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 24.
75) Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 7.

genügend anzusehen[76].

Nach § 53 Abs. 2 Satz 2 ist es aber zulässig, in der Satzung für alle oder für bestimmte Satzungsänderungen noch andere - einhelliger Auffassung nach nur erschwerte - Erfordernisse aufzustellen. Der Gesellschafter-Geschäftsführer kann dadurch u.U. eine entscheidende Mitwirkungsbefugnis an der Herbeiführung dieser Satzungsänderung und insbesondere der für ihn sich nachteilig auswirkenden Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit erlangen.

Die erschwerten Erfordernisse können zunächst die Beschlußmehrheiten betreffen. Die Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung kann dann an den bestehenden Beteiligungsverhältnissen scheitern. Es kann z.B. vorkommen - nicht zuletzt aufgrund der Tatsache, daß sich der Gesellschafter-Geschäftsführer ein erhöhtes Stimmrecht als Sonderrecht einräumen lassen hat bzw. daß er Inhaber eines mit einem erhöhten Stimmrecht ausgestatteten Vorzugsgeschäftsanteils ist[77] - daß die Herbeiführung dieser Satzungsänderung nur dann möglich ist, wenn auch er dem diesbezüglichen Beschlußantrag zustimmt. Dies ist einmal der Fall, wenn von der Satzung Einstimmigkeit gefordert wird. Zum anderen wenn eine höhere als die 3/4-Stimmenmehrheit verlangt wird, die aber ohne die Stimmen des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht zu erreichen ist. Weiterhin dann, wenn zwar die zur Satzungsänderung erforderliche Stimmenmehrheit (eventuell wegen der Mitberücksichtigung des Mehrfachstimmrechts anderer Gesellschafter bzw. wegen der getroffenen Einführung eines

---

76) Was allerdings auch für den Fall eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit Geschäftsführungssonderrecht zu gelten hat. Dessen Zustimmung zu der nachträglichen Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit ist darüber hinaus deswegen entbehrlich, weil dieser, selbst wenn eine solche Beschränkung von vornherein nicht vereinbart wurde oder später weggefallen ist, weiterhin ohne seine Zustimmung nur aus wichtigem Grunde abberufen werden kann.

77) Unbestritten ist zum einen, daß die Einräumung von Mehrfachstimmrechten zulässig ist (vgl. statt aller Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 9) und zum anderen, daß ein solches Recht Inhalt eines Sonderrechts sein (vgl. statt aller Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 1o) bzw. das Vorrecht des jeweiligen Inhabers eines Vorzugsgeschäftsanteils darstellen kann (vgl. Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 5 Rdn. 146).

Höchststimmrechts[78]), erreicht werden kann, nicht aber zugleich auch die von der Satzung zusätzlich geforderte Kapitalmehrheit.

Die Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung kann ferner u.U. vom Dafürhalten des Gesellschafter-Geschäftsführers auch dann abhängen, wenn von der Satzung solche erschwerte Anforderungen vorgesehen werden, die von den zur Satzungsänderung notwendigen Beschlußmehrheiten unabhängig sind. In Betracht kommt insbesondere die Aufstellung des Zustimmungserfordernisses[79]. So wenn etwa für die Satzungsänderung die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich ist oder wenn ihr der Gesellschafter-Geschäftsführer - aufgrund eines ihm persönlich eingeräumten diesbezüglichen Sonderrechts oder des Besitzes eines mit einem Zustimmungsrecht ausgestatteten Vorzugsgeschäftsanteils[8o] - zustimmen muß.

Abschließend sei noch erwähnt, daß die Beseitigung der obengenannten verschärften Anforderungen (Einstimmigkeits-

---

78) Auch die Zulässigkeit der Einführung eines Höchststimmrechts ist unstreitig; vgl. statt aller Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 11. Zum AG-Recht vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 134 Anm. 24ff.

79) Das Zustimmungserfordernis darf nicht mit dem Einstimmigkeitserfordernis verwechselt werden. Zu den zwischen Stimmabgabe und Zustimmungserklärung bezüglich Form und Folgen ihres Fehlens bestehenden Verschiedenheiten vgl. statt aller Zöllner, Schranken, S. 115f.

8o) Unbestritten ist, daß die Bevorrechtigung des Sonderberechtigten bzw. des jeweiligen Inhabers eines Vorzugsgeschäftsanteils auch darin liegen kann, daß Gesellschafterbeschlüsse und insbesondere Satzungsänderungen seiner Zustimmung bedürfen: Vgl. Scholz-Priester, 6. Aufl., § 53 Anm. 69; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 53 Rdn. 75, § 5 Rdn. 146; Rücker, S. 7f. m.w.N.; KG, JW 1926, 598, (599); RGZ 169, 65, (81).
Dagegen ist es nach nahezu einhelliger Auffassung unzulässig, Satzungsänderungen von der Zustimmung eines Nichtgesellschafters (z.B. des Fremdgeschäftsführers) oder eines anderen Gesellschaftsorgans als der Gesellschafterversammlung abhängig zu machen: Vgl. Scholz-Priester, 6. Aufl., § 53 Anm. 51; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 14; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 53 Rdn. 76; KG, aaO.; Ulmschneider, S. 34f.; RGZ 169, 65, (8of.). Steht die nachträgliche Aufhebung der satzungsmäßigen Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit bevor, bedarf es der Zustimmung des Fremdgeschäftsführers selbst dann nicht, wenn in seinem Anstellungsvertrag auf die den Widerruf beschränkende Satzungsbestimmung Bezug genommen wird. Sein Widerspruch gegen die Satzungsänderung bleibt unberücksichtigt, jedoch vermag eine Verletzung des Anstellungsvertrages seitens der Gesellschaft Schadensersatzansprüche zu begründen.

erfordernis, Zustimmungserfordernis usw.) eine Satzungsänderung ist, die ihrerseits auch unter den vorgesehenen verschärften Anforderungen stattzufinden hat[81].

3. Die Beschränkung außerhalb der Satzung

Von einigen Verfassern[82] wird die Auffassung vertreten, die jederzeitige Abberufbarkeit könne nicht nur in der Satzung, sondern auch außerhalb der Satzung, etwa im Anstellungsvertrag oder in einer anderen schuldrechtlichen Vereinbarung wirksam beschränkt werden.

Fleck führt zunächst aus, das Gesetz verbiete es nicht grundsätzlich, auch Regelungen mit körperschaftlichem Einschlag zum Gegenstand schuldrechtlicher Bindungen außerhalb der Satzung zu machen, soweit keine ausdrückliche Vorschrift (die nach der von ihm vertretenen Ansicht nicht schon § 38 Abs. 2 zu entnehmen ist) oder andere zwingende Gründe die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag erforderten. Da die Interessen des Erwerbers eines Geschäftsanteils durch die fehlende Publizität von solchen Geschäftsführungsvereinbarungen berührt würden, billigt er ihm ein Auskunftsrecht gegenüber dem Veräußerer über alle ihn interessierenden Rechtsverhältnisse, und bei dessen Verletzung einen Schadensersatzanspruch zu. Weiter vertritt er die Ansicht, es bestehe ein wirtschaftlich beachtliches Interesse, die Widerruflichkeit der Bestellung vertraglich zu beschränken, ohne diese Abrede in die Satzung aufzunehmen. Dies sei der Fall, wenn z.B. die Gesellschafter vermeiden wollten, eine solche Regelung statutarisch abzusichern und auf diese Weise jedem überstimmten Gesellschafter (auch wenn er nicht unmittelbar betroffen sei) die Möglichkeit zu eröffnen, einen Abberufungsbeschluß wegen Satzungsverstoßes anzufechten, weil angeblich kein wichtiger Grund vorgelegen habe; desgleichen, wenn sie eine nur vorübergehend gedachte Regelung vor Augen hatten, für die der umständliche Weg einer Satzungsänderung unangebracht sei. Schließlich könnten auch andere triftige,

---

81) Vgl. Scholz-Priester, 6. Aufl., § 53 Anm. 7o; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 53 Rdn. 79; Baumbach-Hueck, § 53 Anm. 2C. Zum AG-Recht vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 179 Anm. 36.

82) S. Fleck, Abberufung, S. 224ff.; Goerdeler, passim; Harde, S. 48ff.

von der Rechtsordnung nicht zu beanstandende Gründe dagegen sprechen, die Rechtsbeziehungen zum Geschäftsführer über das Handelsregister (§§ 8 Abs. 1, 54 GmbHG) jedem Außenstehenden zugänglich zu machen.

Goerdeler ist der Ansicht, der Gesetzeswortlaut des § 38 Abs. 2 wolle lediglich zum Ausdruck bringen, daß der Gesellschaftsvertrag diese Beschränkung vorsehen könne. Eine anderweitige Beschränkung, also im Anstellungsvertrag (Geschäftsführervertrag), sei nach dem Gesetzeswortlaut möglich. Auch Sinn und Zweck des § 38 Abs. 2 führten zu keinem anderen Ergebnis gleichgültig, ob man in dieser Vorschrift eine Bestimmung zum Schutze des Geschäftsführers (Einräumung einer gewissen Unabhängigkeit und Selbständigkeit) oder der Gesellschaft (Kontinuität der Geschäftsführung) sehe: In beiden Fällen werde dieser Schutz erreicht, wenn auch außerhalb der Satzung die Beschränkung der Widerruflichkeit der Stellung des Geschäftsführers vorgenommen werden könne. Wende die Gesellschaft gegenüber einem Geschäftsführer, zu dessen Gunsten die Beschränkung der Widerruflichkeit in seinem Anstellungsvertrag vereinbart worden sei, ein, daß mangels formeller Satzungsbestimmung (§ 38 Abs. 2) die Abberufung auch aus anderen als wichtigen Gründen erlaubt sei, wäre dies ihm gegenüber eine unzulässige Rechtsausübung mit der Folge, daß die Abberufung unwirksam wäre und er als Geschäftsführer wieder eingesetzt werden müßte.

Harde stimmt Goerdeler insoweit zu, als aus dem Wortlaut und aus dem Zweck der Bestimmung nicht zu entnehmen sei, daß auch die Beschränkung des Widerrufsrechts zwingend nur durch die Satzung erfolgen können solle. Nach ihm hätte aber die Fragestellung lauten müssen, ob eine nach allgemeinem Vertragsrecht zulässige Beschränkung auf wichtige Gründe mit der gesetzlichen Regelung vereinbar sei und nicht, wie Goerdeler es begründet, ob § 38 Abs. 2 extensiv ausgelegt werden könne, so daß auch eine außerstatutarische Beschränkung unter diese Vorschrift falle. Harde kommt zu dem Ergebnis, daß eine vertragliche Beschränkung der freien Widerruf-

lichkeit gegen kein gesetzliches Verbot verstoße, weshalb sie neben der statutarischen Beschränkung zulässig und wirksam sei.

Die h.M.[83] nimmt dagegen mit Recht an, daß eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit nur in der Satzung zulässig ist. Unzweifelhaft ist zunächst, daß Sonderrechte, wie das Geschäftsführungssonderrecht oder das Recht auf Bestellung bzw. Präsentation eines Geschäftsführers, die eine konkludente Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit mit sich bringen, immer der Aufnahme in die Satzung bedürfen[84]. Aber auch die ausdrückliche Beschränkung muß immer statutarisch begründet werden. Nähme man die Zulässigkeit auch einer schuldrechtlichen Vereinbarung an, würden die Interessen der Minderheit erheblich vernachlässigt: Während die statutarische Festsetzung einer solchen Beschränkung der Einstimmigkeit (§ 2) oder bei deren späterer Einführung einer 3/4 Mehrheit (§ 3 Abs. 2) bedarf, erfordert eine auf vertraglicher Vereinbarung beruhende Beschränkung nur einen einfachen Mehrheitsbeschluß. Auch die Interessen eines späteren Anteilserwerbers werden durch die Publizitätswirkung einer Satzungsvorschrift (die eine schuldrechtliche Vereinbarung nicht genießt) besser berücksichtigt: Da es sich hier, wie auch im Falle der Einräumung von Sonderrechten, um eine Regelung von weittragender und unmittelbar rechtlicher Bedeutung handelt, muß auch einem späteren Anteilserwerber Kenntnis dieser Regelung durch Einsicht in die Satzung ermöglicht werden[85]. Es darf nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß die Beschränkung

---

83) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 36f.; Scholz-Fischer[10], § 38 Anm. 5; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 32; Handbuch-Eder, Rz. I. 552; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2A; Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 106; Vogel, § 38 Anm. 6; H.P. Westermann, aaO., S. 49f.; Jung-Senssfelder, S. 63; Borrmann, S. 56ff.; KG, RJA 12, 37, (38).

84) Dazu s. oben S. 18 Fn. 23.

85) Vgl. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 32; Scholz-Fischer[10], § 38 Anm. 5. Für das Geschäftsführungssonderrecht vgl. BGH, DB 1968, 2166 = BB 1968, 1399, (1400) = NJW 1969, 131 = MDR 1969, 204 = WM 1968, 1350 = LM, Nr. 4 zu § 35 BGB.

der jederzeitigen Abberufbarkeit eine Abrede ist, die das Rechtsverhältnis zweier Gesellschaftsorgane (Abberufungsorgan und Geschäftsführer) zueinander regelt und stark beeinflußt: Ließe man auch eine schuldrechtliche Vereinbarung zu, würde dies eine unabhängige, selbständige Stellung des Geschäftsführers und gleichzeitig eine Einschränkung der Kompetenz des zuständigen Abberufungsorgans bedeuten. Eine solche Kompetenzeinschränkung würde aber auf eine Satzungsänderung hinauslaufen, bei der die zwingenden Vorschriften über Zuständigkeit, Mehrheitserfordernis, Form und Anmeldung umgangen würden[86].

Nach Goerdeler[87] ist auch die außerstatutarische Beschränkung in folgendem Falle gültig: Lege eine Dreiviertel-Mehrheit von Gesellschaftern ohne Vorliegen einer den Widerruf beschränkenden Satzungsvorschrift bei der Beschlußfassung über die Geschäftsführerbestellung bereits fest, daß die Bestellung nur aus wichtigem Grunde widerrufen werden könne, müßte man hier einen satzungsdurchbrechenden Beschluß (d.h. einen Beschluß, durch den im Einzelfall absichtlich gegen die Satzung verstoßen wird und der alle Formvorschriften, d.h. Ladung mit Ankündigung, satzungsändernde Mehrheit, Beurkundung erfüllt, der jedoch nicht in das Handelsregister eingetragen wird) annehmen, mit der Folge, daß die Bestellung als mit der erwähnten Beschränkung vorgenommen anzusehen sei. Da satzungsdurchbrechende Beschlüsse grundsätzlich unzulässig sind[88], ist die Meinung Goerdelers abzulehnen[89]. Die wichtige Publizitätsfunktion der Eintragung in das Handelsregister kann auch hier nicht außer acht gelassen werden. Wird jedoch der satzungsdurchbrechende Beschluß in das Handelsregister eingetragen, handelt es sich nicht mehr um eine echte Satzungsänderung, sondern um eine Satzungsänderung für einen Ausnahmefall.

---

86) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 37; ähnlich Borrmann, S. 59.

87) Goerdeler, S. 199. S. auch die Erläuterungen zu § 183 Entwurf HGaE, S. 42 bezüglich der Möglichkeit der von der gesetzlichen Regel abweichenden Festlegung von Abberufungsvoraussetzungen für Drittgeschäftsführer durch einen Bestellungsbeschluß.

88) Vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 36; Scholz-Priester, 6. Aufl., § 53 Anm. 23; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 179 Anm. 11ff.

89) S. auch Borrmann, S. 47f.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 7o.

Den Gesellschaftern kann in der Satzung die Möglichkeit eingeräumt werden, durch eine vertragliche Vereinbarung zwischen der Gesellschaft und dem Geschäftsführer die Geschäftsführerabberufung auf wichtige Gründe zu beschränken[90]. Die Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit kann ferner Inhalt eines Stimmbindungsvertrags sein[91], durch den ein (meistens am Stammkapital stark beteiligter) Gesellschafter sich dem Geschäftsführer[92] gegenüber verpflichtet, sein Stimmrecht in einer vorbestimmten Richtung auszuüben - im vorliegenden Falle also dem Abberufungsantrag nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zuzustimmen. Ein solcher Vertrag ist zulässig und wirksam. Handelt der verpflichtete Gesellschafter dem Vertrage zuwider, indem er für die grundlose Abberufung des Geschäftsführers stimmt, ist seine Stimmabgabe gleichwohl gültig[93]. Die schuldhafte Verletzung des Stimmbindungsvertrags hat aber einen Schadensersatzanspruch des Geschäftsführers und eventuell die Verwirkung einer vereinbarten Vertragsstrafe zu dessen Gunsten zur Folge. Folgt man weiter der h.M.[94] und nimmt man an, daß die Stimmbindungen einklagbar und vollstreckbar sind, findet die Ersetzung der Stimmabgabe durch rechtskräftiges Urteil nach § 894 ZPO statt.

Zusammenfassend kann deshalb festgehalten werden, daß eine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit nur zulässig ist, falls und soweit sie in der Satzung enthalten ist. Die

---

90) Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 33; Handbuch-Eder, Rz. I. 552.

91) Der auch formlos zustande kommen kann. Zu Stimmrechtsbindungen im allgemeinen vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 31ff. m.w.N.; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 136 Anm. 83ff., insb. 108ff.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 24ff.

92) Unbestritten ist, daß Gläubiger einer Stimmbindung auch der Geschäftsführer einer GmbH sein kann (§ 136 Abs. 3 AktG ist also auf die GmbH nicht analog anwendbar); vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 39; RGZ 124, 371, 378ff.

93) Allgemeine Auffassung; hier nur: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 50; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 136 Anm. 111.

94) Zur historischen Entwicklung und zum heutigen Stand des Meinungsstreites in der Rechtsprechung und der Lehre über die Einklagbarkeit und Vollstreckbarkeit von Stimmbindungen s. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 52; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 136 Anm. 112 ff.; Overrath, S. 95ff.

Verletzung einer vorhandenen schuldrechtlichen Abrede, insbesondere im Anstellungsvertrag, vermag nur Schadensersatzansprüche wegen positiver Forderungsverletzung zu begründen[95]. Eine ohne wichtigen Grund erfolgte Abberufung ist aber aus den obengenannten Gründen wirksam.

II. Der wichtige Abberufungsgrund[96]

1. Begriff

Was als wichtiger Abberufungsgrund zu gelten hat, läßt sich nur für den Einzelfall beantworten[97]. Bekanntlich ist der "wichtige Grund" eine Generalklausel, die vom Gesetzgeber an zahlreichen Stellen verwendet wird. Wegen ihrer Unbestimmtheit und Dehnbarkeit ist eine konkretisierende Grenzziehung erforderlich. Dafür wird der Zumutbarkeitsbegriff herangezogen[98]. Da grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung im Gesetz (§ 38 Abs. 2 Satz 2) nur beispielhaft als wichtige Gründe aufgeführt werden, kann die Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde auch dann vorgenommen werden, wenn das weitere Verbleiben des Geschäftsführers in seinem Amt der Gesellschaft nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann[99].

Ein Verschulden des Geschäftsführers ist nicht erforderlich. Auch ein unverschuldetes Verhalten, ein außerdienstliches bzw. ein vor der Bestellung liegendes Verhalten oder ein nicht schuldhaft herbeigeführter Zustand können die Abberufung rechtfertigen.

---

95) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, § 38 Anm. 37; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2A.

96) Für den wichtigen Grund im allgemeinen s. Scholz, Der wichtige Grund, passim.

97) Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 46ff., Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 29ff. und Harde, S. 68ff. stellen Fallgruppen auf, wobei jedoch nicht vernachlässigt werden darf, daß der wichtige Grund auch in außerhalb der Personen der Beteiligten liegenden Umständen (z.B. notwendige Betriebseinschränkungen - RG, LZ 1909, Sp. 75, 76) gegeben sein kann; a.A. Borrmann, S. 33: Nach ihm ist eine Störung der Interessen der Gesellschaft erforderlich, die ihre Ursache in der Person des Geschäftsführers hat.

98) Vgl. Henkel, passim.

99) Ganz h.M.; hier nur Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 25; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 43.

Da die Vorstandsmitglieder der AG, die eine von der Hauptversammlung unabhängige Leitungsmacht haben, immer deren Vertrauen genießen müssen, ist bei der AG der Vertrauensentzug durch die Hauptversammlung in der Regel ein wichtiger Grund für die Abberufung der Vorstandsmitglieder durch den Aufsichtsrat (§ 84 Abs. 3 Satz 2). Bei der GmbH dagegen reicht ein bloßer Vertrauensentzug seitens der GmbH-Gesellschafter für die Geschäftsführerabberufung nicht aus[1oo]. Die Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit, die dem Geschäftsführer eine selbständigere Stellung einräumt, würde umgangen. Des weiteren würde es auf eine grundlose Abberufung hinauslaufen, wenn die Gesellschafterversammlung sich statt der Angabe eines bestimmten wichtigen Grundes nur auf einen bloßen, sachlich nicht nachprüfbaren Vertrauensentzug berufen könnte. Bei einer zweigliedrigen GmbH sind sogar noch strengere Anforderungen bei der Annahme eines wichtigen Abberufungsgrundes zu stellen. Hier genügt es nicht, daß ein Gesellschafter-Geschäftsführer das Vertrauen seines Mitgesellschafters verloren hat[1o1]. Es müssen in diesem Falle berechtigte Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Geschäftsführung vorliegen[1o2], wobei das baldige automatische Auslaufen seiner Amtszeit[1o3], der Umfang seiner Kapitalbeteiligung[1o4], die Dauer seiner Tätigkeit für die Gesellschaft und sein sonst einwandfreies Verhalten[1o5] mitzuberücksichtigen sind.

---

1oo) Ganz h.M.: Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 4; Handbuch-Eder, Rz. I. 552.2; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 3A; H.P. Westermann, aaO., S. 52; Harde, S. 81ff.; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 52; Lehmann, S. 54f.

1o1) Ganz h.M. in der Literatur und der Rechtsprechung; hier nur: Mertens in Hachenburg, aaO.; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 35.

1o2) Vgl. BGH, WM 196o, 289, (292) = NJW 196o, 628 = GmbH-Rdsch. 196o, 65 = LM, Nr. 2 zu § 38 GmbHG. Nach Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 538f. hat dies auch für den Vertrauensentzug bei der Abberufung eines Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers zu gelten.

1o3) S. BGH, WM 1962, 811, (812) = BB 1962, 816.

1o4) BGH, aaO.

1o5) BGH, WM 1968, 1347, (1348) = BB 1968, 1453 = DB 1968, 2271 = LM, Nr. 4 zu § 38 GmbHG = GmbH-Rdsch. 1969, 37, (38).

2. Die satzungsmäßige Konkretisierung des wichtigen Abberufungsgrundes[1o6)]

In der Satzung können gewisse Tatumstände zu wichtigen Gründen erklärt werden, selbst wenn diese objektiv keine wichtigen Gründen darstellen. Eine solche Konkretisierung wird als zulässig anerkannt, weil dadurch eine Erleichterung der Abberufung und demzufolge eine Annäherung an die gesetzliche Regel der jederzeitigen Abberufbarkeit herbeigeführt wird[1o7)].

Häufig wird eine gegenteilige Bestimmung getroffen, indem die Satzung das Abberufungsrecht auf bestimmte Gründe beschränkt und es im übrigen ausschließt. Eine solche Regelung ist jedoch unwirksam, weil dadurch eine Erschwerung der Ausübung des unabdingbaren Rechts der Gesellschaft zur Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde herbeigeführt wird[1o8)]. Erst recht unzulässig ist eine Regelung, die die im Gesetz als wichtig aufgeführten Gründe, d.h. grobe Pflichtverletzung oder Unfähigkeit zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung, als nicht wichtig bezeichnet.

Zulässigerweise kann aber die Satzung für gewisse Tatumstände, die an sich einen wichtigen Grund darstellen, bestimmen, daß diese kein wichtiger Grund sein sollen (z.B. Annahme von Provisionen), soweit dadurch das Prinzip der Widerruflichkeit nicht völlig aufgehoben wird. Die Erlaubnis solcher Geschäfte kommt einer Ermächtigung zu solchen Handlungen gleich und entkleidet sie des wichtigen Grundes[1o9)].

---

1o6) Für die entsprechende Konkretisierung bei den Personengesellschaften s. H.P. Westermann, Vertragsfreiheit, S. 218.

1o7) Ganz h.M.; hier nur: Handbuch-Eder, Rz. I. 552.2; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 2o; Borrmann, S. 25.

1o8) Ganz h.M.; hier nur: Scholz, Der wichtige Grund, Sp. 5; Fleck, Dienstverhältnis 1968, S. 11; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 42; für den § 75 Abs. 3 AktG (heute § 84 Abs. 3) s. KG, JW 1939, 492.

1o9) Vgl. Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 13; Harde, S. 85.

## ZWEITER ABSCHNITT

## EINZELFRAGEN AUS DEM BEREICH DER GESCHÄFTSFÜHRERABBERUFUNG: ZUSTÄNDIGKEIT, DURCHFÜHRUNG UND UNRECHTMÄSSIGKEIT

### § 4. DIE ZUSTÄNDIGKEIT ZUR ABBERUFUNG[1]

#### I. Das zuständige Abberufungsorgan

Da die Regelung des § 46 Nr. 5, wonach die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zum Aufgabenkreis der Gesellschafterversammlung gehört, abdingbar ist[2], können die genannten Befugnisse auch anderen Stellen zugestanden werden. Fraglich ist, was zu gelten hat, wenn zwar das Bestellungsrecht einer anderen Stelle übertragen worden ist, über die Abberufungszuständigkeit aber in der Satzung keine ausdrückliche Regelung getroffen wurde. Die Meinung Staubs[3], die Übertragung des Widerrufsrechts liege implicite in der an ein Gesellschaftsorgan erfolgten Übertragung des Rechts, die Geschäftsführer zu bestellen, ist längst überholt[4]. Richtiger ist die Auffassung, daß es sich hier um eine Auslegungsfrage handele. Es muß erforscht werden, was die Gesellschafter vereinbart hätten, wenn sie diesen Punkt geregelt hätten. Nur im Zweifel ist derjenige zur Abberufung zuständig, der auch die Geschäftsführerbestellung vorgenommen hat[5]. Dies folgt zunächst daraus, daß auch die dispositive gesetzliche Regelung diese Befugnisse einheitlich der Gesellschafterversammlung zuweist[6]. Zum anderen zielt die Übertragung der Bestellungszuständigkeit auf eine andere Stelle idR nicht nur darauf ab, dieser Stelle einen Einfluß zuzusichern, der sich auf die Auswahl und Einsetzung der

---

1) Mit dem Begriff Abberufungszuständigkeit wird im folgenden nur die Befugnis verstanden, über die Geschäftsführerabberufung zu bestimmen, nicht zugleich auch die Befugnis, die erforderliche Abberufungserklärung im Namen der GmbH gegenüber dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer abzugeben. Dazu s. unten S. 65f.

2) S. oben S. oben S. 27f.

3) Staub, § 38 Anm. 3.

4) Schon seit KG, KGJ 3o, A, 133, (136).

5) H.M.: Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 23; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Handbuch-Eder, Rz. I. 551.2; Kronstein, S. 33; Ulmschneider, S. 16; Feine, S. 475; Harde, S. 122; Vitt, S. 71; Sudhoff, Anm. zu OLG Hamm, GmbH-Rdsch. 196o, 186 (= BB 196o, 535); a.A. Eder, S. 22, der im Zweifel das Abberufungsrecht der Gesellschafterversammlung zuweist.

6) S. Harde, aaO.

Person des Geschäftsführers beschränkt. Meistens wird der Einfluß dieser Stelle auch auf die Beendigung des Amtes des eingesetzten Geschäftsführers erstrebt[7], so daß im Zweifel auch die Abberufungszuständigkeit der ernennenden Stelle als mitübertragen anzusehen ist.

Problematisch ist, welchen Stellen die Abberufungskompetenz übertragen werden kann. Unzweifelhaft kann das Abberufungsrecht zunächst einem schon bestehenden Organ (z.B. einem fakultativen Aufsichtsrat) oder einem Organmitglied übertragen werden. Es kann ferner Inhalt eines Sonderrechts zugunsten eines Gesellschafters bzw. einer Gesellschaftergruppe sein. Sehr streitig ist aber, ob auch ein außenstehender Dritter mit dieser Aufgabe betraut werden kann. Die h.M.[8] lehnt eine solche Möglichkeit mit der Begründung ab, daß die Willensbildung in diesem bedeutungsvollen Fall innerhalb der GmbH zu erfolgen habe, weil es sonst zu einer weitgehenden Abhängigkeit der Gesellschaft von einem fremden Willen kommen würde. Die Gegenmeinung[9] führt aus, diese Abhängigkeit könne bereits durch eine Übertragung der Befugnis zur Geschäftsführerbestellung an die außerhalb der Gesellschaft stehende Person begründet werden und erfahre durch das ausschließliche Widerrufsrecht tatsächlich keine Steigerung[10]. Richtigerweise ist dabei zu unterscheiden: Enthält die Satzung keine Beschränkung der jederzeitigen Abberufbarkeit, gibt es keine Bedenken gegen die Übertragung der Abberufungszuständigkeit auf einen Dritten. Denn wenn die Gesellschafter die entsprechende Regelung vornehmen, d.h. die freie Abberufbarkeit beschränken können, dann müssen sie auch das Abberufungsrecht ohne wichtigen Grund einem Dritten übertragen können (argumentum a maiore ad minus)[11]. Wird

---

7) S. Vitt, aaO.
8) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 8; Baumbach-Hueck, aaO.; Fischer, Anm. zu KG, JW 1926, 598f., ebenda; Vogel, § 38 Anm. 3.
9) Vgl. Bondi, S. 286; Kronstein, S. 3off.; Ulmschneider, S. 16f.; Harde, S. 146ff.; Vitt, S. 8of.; vgl. auch Hopt, S. 7f. und § 69 Abs. 2 RegE GmbHG.
10) So Ulmschneider, S. 16 im Anschluß an Kronstein, aaO.
11) So auch Vitt, S. 8o.

aber das Abberufungsrecht auf den Fall eines wichtigen Grundes beschränkt, ist die ausschließliche Übertragung der Abberufungszuständigkeit auf einen Dritten aus Gründen, die unten (unter II) noch auszuführen sein werden, unzulässig.

Selbstverständlich kann die Abrede, die die Abberufungszuständigkeit einer anderen Stelle begründet, wie jede Abrede, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweicht und für das Gesellschaftsverhältnis von weittragender Bedeutung ist, nur in der Satzung enthalten sein. Die Übertragung der Abberufungszuständigkeit auf ein Organmitglied, einen Gesellschafter oder einen Dritten bedeutet, daß diese insoweit zu Organen der Gesellschaft werden und den gleichen Treue- und Sorgfaltspflichten unterliegen wie die Mitglieder der primär zuständigen Organe.

II. Die Art der übertragenen Abberufungszuständigkeit

Soweit das Abberufungsrecht einer anderen Stelle übertragen worden ist, stellt sich die Frage, ob eine verdrängende oder nur eine konkurrierende Kompetenzverlagerung vorliegt. Im allgemeinen ist dies ein Problem der Auslegung der konkreten Satzungsbestimmung. Steht allerdings eine Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde bevor, ist eine nur konkurrierende Zuständigkeit der anderen Stelle anzunehmen. Die Gesellschafterversammlung ist hier in der Lage, selbst einzugreifen und über die Abberufung zu bestimmen. Dies gilt nicht nur für den Fall, daß das zuständige Organ funktionsunfähig[12] oder verhindert ist und die Sache eilt[13], so daß dann von einer Rückfall-(Ersatz-)zuständigkeit der Gesellschafterversammlung gesprochen werden kann[14], die aus ihrer Rechtsstellung als oberstes Willensorgan herrührt, sondern auch in jedem anderen Falle einer Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde. Die Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde ist eine Maßnahme von einschneidender Bedeutung für die Zukunft der Gesellschaft, die

---

12) Vgl. BGHZ 12, 337, (34o) = JR 1954, 338 = NJW 1954, 799f. = GmbH-Rdsch. 1954, 58f. mit zust. Anm. von H. Schneider, ebenda.

13) S. Baumbach-Hueck, § 46 Anm. 6A.

14) Vgl. Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 2o; in diesen Fällen soll das Abberufungsrecht nicht ersatzweise dem einzelnen Gesellschafter zukommen: OLG Hamburg, GmbH-Rdsch. 1954, 188 = MDR 1955, 1o9 = BB 1954, 978 (gekürzt).

Schnelligkeit erfordert und nicht dadurch erschwert werden darf, daß die zuständige Stelle sie nicht vornehmen will oder kann. Im Falle der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde muß also die Gesellschafterversammlung immer in der Lage sein, die Abberufung zu beschließen und zu erklären, da nur eine konkurrierende, nicht aber eine verdrängende Zuständigkeit einer anderen Stelle begründet werden kann[15]. Selbstverständlich steht es den Gesellschaftern frei, die verdrängend bzw. konkurrierend übertragene Kompetenz im Wege der Satzungsänderung zurückzunehmen.

III. Das Sonderrecht zur Abberufung

Wird die Abberufungszuständigkeit eines Gesellschafters bzw. einer Gesellschaftergruppe satzungsmäßig begründet, handelt es sich um ein Sonderrecht, für welches das unter I und II. Ausgeführte entsprechend gilt. Die Einräumung eines solchen Sonderrechts ist im Zweifel auch dann anzunehmen, wenn zwar einem Gesellschafter bzw. einer Gesellschaftergruppe das Sonderrecht auf Bestellung eines Geschäftsführers zusteht, jedoch die Zuständigkeit zur Abberufung des Bestellten in der Satzung nicht geregelt ist[16].

Der zur Abberufung Sonderberechtigte ist allein für die Geschäftsführerabberufung ohne wichtigen Grund zuständig. Liegt aber ein wichtiger Abberufungsgrund vor, ist die Gesellschafterversammlung immer befugt, die Geschäftsführerabberufung vorzunehmen. Zwar kann das Sonderrecht zur Abberufung ohne die Zustimmung des Berechtigten nur aus wichtigem Grunde beeinträchtigt (entzogen) werden.

---

15) H.M.: Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 24; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 15; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Harde, S. 13o; Hopt, S. 8 Fn. 3o; Vitt, S. 76, 81; Scholz, Minderheitsgesellschafter, S. 38; Roth, § 38 Anm. 2.2.; vgl. auch § 69 Abs. 2 RegE GmbHG und die Begründung dazu, ferner § 77 Abs. 2 Nr. 12 RegE GmbHG, der das Abberufungsrecht aus wichtigem Grunde als Teil der zwingenden Befugnisse der Gesellschafterversammlung erklärt. A.A. bezüglich des Aufsichtsrats: Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 544f.; wohl auch: H.P. Westermann, Abberufung, S. 62f.

16) Vgl. Brodmann, § 45 Erl. 1b; Harde, S. 122.

Gibt es aber einen wichtigen Grund für die Abberufung des Geschäftsführers und beruft ihn der Sonderberechtigte (der gleichzeitig derjenige sein kann, der ihn aufgrund eines Bestellungsrechts auch bestellt hat) nicht ab, stellt dies einen wichtigen Grund für die Entziehung des Sonderrechts zur Abberufung und für die Begründung der eigenen Zuständigkeit (Rückfallzuständigkeit) der Gesellschafterversammlung dar. Eines solch komplizierten Umwegs bedarf es aber nicht. Selbst beim Vorhandensein eines Sonderrechts zur Abberufung ist eine Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung zur Vornahme der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde aus den oben (unter II) genannten Gründen immer gegeben[17].

17) S. Vitt, S. 149ff. Vgl. auch Harde, S. 122ff., insb. S. 129ff.

## § 5. DIE DURCHFÜHRUNG DER ABBERUFUNG

### I. Der Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung

Ist die Abberufungszuständigkeit nicht einer anderen Stelle übertragen worden, unterliegt die Abberufung nach § 46 Nr. 5 der Bestimmung der Gesellschafter, die gemäß § 47 Abs. 1 durch Beschluß entscheiden. Im folgenden wird die Problematik des Abberufungsbeschlusses, d.h. verschiedene Streitfragen aus dem Bereich der Beschlußfassung über die Geschäftsführerabberufung, näher erläutert.

#### 1. Die Zulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeits- bzw. Abstimmungserfordernisse für den Abberufungsbeschluß

Grundsätzlich ist die Gesellschafterversammlung beschlußfähig, wenn auch nur ein stimmberechtigter Gesellschafter erscheint. Indem die Satzung eine bestimmte Zahl von Anwesenden (oder von Stimmen) vorschreibt, kann sie jedoch qualifizierte Anforderungen an die Beschlußfähigkeit der Gesellschafterversammlung stellen. Nach § 47 Abs. 1 genügt zur Annahme eines Beschlußantrags grundsätzlich die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Da aber diese Vorschrift nach § 45 Abs. 2 dispositiv ist, kann die Satzung auch hier eine abweichende Regelung treffen und für alle oder für bestimmte Beschlüsse qualifizierte Abstimmungserfordernisse verlangen. Es stellt sich die Frage, ob die Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeits- bzw. Abstimmungserfordernisse für den Abberufungsbeschluß zulässig ist. Steht die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers ohne wichtigen Grund bevor, sind solche qualifizierte Erfordernisse zweifellos zulässig[1]; solchen Satzungsbestimmungen steht keine zwingende Vorschrift entgegen.

---

1) Ganz h.M.: statt aller s. Harde, S. 162f. Die vom Grundsatz der einfachen Stimmenmehrheit abweichende Regelung muß selbstverständlich, wie auch alle für das Gesellschaftsverhältnis erheblichen, vom dispositiven Gesetzesrecht abweichenden Abreden, in der Satzung und nicht etwa im Anstellungsvertrag enthalten sein. Dies gilt auch für qualifizierte Beschlußfähigkeitserfordernisse.

Handelt es sich aber um eine Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde[2], ist nach h.L.[3] die Aufstellung solcher qualifizierter Erfordernisse unzulässig. Der h.L. muß beigetreten werden. Es wurde oben[4] darauf hingewiesen, daß die Widerruflichkeit der Geschäftsführerbestellung zwingend ist und daß sie über die Grenzen des § 38 Abs. 2 (Beschränkung auf wichtige Gründe) hinaus weder eingeschränkt noch völlig ausgeschlossen werden kann. Es käme jedoch einem Ausschluß der Widerruflichkeit gleich, wenn eine Sperrminorität durch ihr Nichterscheinen oder durch ihre Stimmabgabe gegen den Abberufungsantrag die Beibehaltung des Gesellschafter-Geschäftsführers erzwingen könnte, obwohl er das Vertrauen der Mehrheit aufgrund Unfähigkeit oder grober Pflichtverletzung verloren hat und die Interessen der Gesellschaft dadurch nachhaltig gefährdet werden. Zum anderen ist die Berücksichtigung des wichtigen Grundes in dem Sinne zwingend, daß keine private Vertragsabrede ihn schwächen noch seiner Bedeutung entheben könnte[5].

---

2) Dabei ist es gleichgültig, ob die Abberufung in der Satzung auf wichtige Gründe nach § 38 Abs. 2 beschränkt worden ist oder nicht; es kommt lediglich auf das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes an.

3) Vgl. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 21; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 11; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Harde, S. 164ff.; Fichtner, S. 822; Scholz, Zur Frage der Abberufung, S. 86; ders., Minderheitsgesellschafter, S. 38; Wiedemann, Abberufung, S. 696; Schönle-Ensslin, Abberufung 1969, S. 1o7 Fn. 45; Goerdeler, S. 2oo Fn. 11; Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 24o; Vogel, § 38 Anm. 4 (der seine gegenteilige Auffassung hierzu, Satzungsmäßige Mehrheiten, S. 18of., geändert hat); A. Hueck, Anm. zu LG Frankfurt a.M.; NJW 1951, S. 719 Nr. 16, ebenda; Gottschling, Anm. zu OLG München, GmbH-Rdsch. 1957, 1o5, ebenda; Hopt, S. 6; RGZ 44, 95, (98); KG, JW 1937, 549, (55o); BGHZ 86, 177, (179) = BB 1983, 21o = DB 1983, 381 = NJW 1983, 938 = WM 1983, 83, (84) = JZ 1983, 392, (393) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (15o); unklar Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 7o, § 47 Anm. 12.
A.A.: Handbuch-Eder, Rz. I. 16o; Brodmann, § 38 Erl. 2a; Scholz-Fischer$^{1o}$, § 38 Anm. 3; Fischer, Rechtsquelle, S. 134; Borrmann, S. 42ff.; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 539f.; Rücker, S. 117; Immenga, S. 99ff.; Winkler, Lückenausfüllung, S. 47; Klumpp, S. 144f.; Jung-Senssfelder, S. 6off. (der eine 3/4 Mehrheit für erforderlich hält); OLG München, BB 1956, 938; vgl. auch § 183 Abs. 1 Entwurf HGaE, der für die Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers grundsätzlich die Zustimmung aller übrigen Gesellschafter fordert.

4) Dazu vgl. oben S. 12f.

5) So Scholz, Der wichtige Grund, Sp. 8.

Zur Unterstützung ihrer Auffassung weisen einige Vertreter der Gegenmeinung[6] auf die entsprechende Interessenlage bei der OHG hin, bei der nach §§ 117, 127 HGB zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters ein Antrag aller übrigen Gesellschafter auf gerichtliche Entscheidung erforderlich ist. Jedoch verfängt dieses Argument nicht. Die Interessenlage bei der OHG unterscheidet sich nicht unwesentlich von der Interessenlage bei der GmbH. Bei der OHG soll diese Steigerung der Rechte des einzelnen Gesellschafters (in dem Sinne, daß auch ein einziger die Entziehung vereiteln kann) folgendes bewirken: Einmal soll die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis erschwert werden (weil Geschäftsführung und Vertretung hier Mitgliedschaftsrechte sind und ihre Entziehung gravierende Auswirkungen auf die Gesellschafterstellung hat), zum anderen soll dem einzelnen Gesellschafter (auch wenn er nicht geschäftsführungs- und vertretungsberechtigt ist) eine entscheidende Mitwirkung hinsichtlich Fragen der Gesellschaftsleitung zugesichert werden.

Bei der GmbH dagegen ist eine solche Steigerung der Gesellschafterrechte unzulässig. Es bedarf hier nicht einer weitergehenden Erschwerung der Abberufung. Grundsätzlich ist die Widerruflichkeit der Bestellung jederzeit möglich, sie kann jedoch auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden. Ein weiterer Schutz der Geschäftsführer durch die Erschwerung ihrer Abberufung mittels der Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeits- bzw. Abstimmungserfordernisse ist angesichts der Stellung der Geschäftsführer gegenüber der Gesellschaft als Dritte (gekorene und nicht geborene Geschäftsführer, selbst wenn sie Gesellschafter sind) und des zwingenden Charakters der Widerruflichkeit aus wichtigem Grunde weder erforderlich und sinnvoll noch zulässig. Desweiteren bedarf es auch nicht einer weitgehenden Mitwirkung einer Minderheit hinsichtlich Fragen der Geschäftsführung. Diese Mitwirkungsbefugnis einer Sperrminorität kann die Existenz der Gesellschaft aufs Spiel setzen, wenn sie den untragbar gewordenen Geschäftsführer im Amte hält, obwohl er das Vertrauen der Mehrheit verloren hat. Den

6) Namentlich Fischer, aaO.; Immenga, aaO.; Borrmann, S. 43.

Gefahren einer solchen, durchaus denkbaren Konstellation kann nur durch die Unzulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeits- bzw. Abstimmungserfordernisse begegnet werden[7].

Es stellt sich nun die Frage, ob für die (ohne Zustimmung nur aus wichtigem Grunde zulässige) Abberufung eines sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers etwas anderes zu gelten hat, m.a.W. ob für seine Abberufung ein satzungsändernder Gesellschafterbeschluß mit der gesetzlich vorgeschriebenen qualifizierten Mehrheit (§ 53 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2) nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich ist. M.E. darf auch hier nicht von dem Grundsatz der Unzulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Abstimmungserfordernisse bei der Abberufung aus wichtigem Grunde abgewichen werden. Wie schon oben[8] näher dargelegt wurde, bedarf die Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts der Aufnahme in die Satzung und bildet so einen materiellen Satzungsbestandteil, dessen Beseitigung den Satzungsänderungserfordernissen unterliegt. Man muß aber klar zwischen der Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers und der völligen Entziehung seines Sonderrechts unterscheiden. Während ersterer Fall, unter Fortbestehen des Sonderrechts, lediglich den Widerruf der Bestellung herbeiführt, der keine Satzungsänderung voraussetzt, bedarf die völlige Entziehung des Sonderrechts, als Beseitigung eines echten Satzungsbestandteils, der Satzungsänderung. Zwar trifft es zu, daß in manchen Fällen bei Nichtbehebbarkeit des wichtigen Grundes das Geschäftsführungssonderrecht seinen materiellen Gehalt als Sonderrecht völlig verlieren und die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers praktisch der völligen Entziehung seines Sonderrechts gleichkommen würde[9].

---

7) Zulässig ist dagegen eine Satzungsbestimmung, die zwar qualifizierte Beschlußfähigkeitserfordernisse aufstellt, für den Fall der Beschlußunfähigkeit jedoch die Möglichkeit einer alsbaldigen zweiten Gesellschafterversammlung vorsieht, die dann ohne Rücksicht auf die Zahl der erschienenen Mitglieder beschlußfähig ist. Eine solche Bestimmung bedeutet eine zumutbare Verschiebung der Abberufung, nicht aber eine endgültige Erschwerung; vgl. OLG München, BB 1956, 938 mit zustimmender Anmerkung von Wiedemann, aaO. und ablehnender Anmerkung von Gottschling, aaO.

8) Vgl. dazu oben S. 18.

9) S. Rücker, S. 118.

In anderen Fällen kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, daß die Umstände, die zur Fassung des Abberufungsbeschlusses geführt haben, nachträglich wegfallen (etwa wegen Genesung nach langer Krankheit usw.), so daß das Sonderrecht wieder eingreift und der Sonderberechtigte seine Wiederbestellung verlangen kann[10]. Die Behebbarkeit bzw. Nichtbehebbarkeit des wichtigen Grundes läßt sich aber von vornherein mit der erforderlichen Sicherheit nicht feststellen. Es muß auf jeden Fall bei der Trennung zwischen der Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers und der Entziehung seines Sonderrechts bleiben. Nur bei der Entziehung ist ein satzungsändernder Beschluß mit qualifizierter Mehrheit erforderlich[11], bei der bloßen Abberufung dagegen ist einfache Mehrheit wegen der Unzulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Abstimmungserfordernisse stets ausreichend[12].

2. Das Stimmrecht des Gesellschafter-Geschäftsführers bei seiner Abberufung

§ 47 Abs. 4, der zum Schutze der Gesellschaft die Ausschaltung von Interessenkollisionen bei denjenigen Beschlußfassungen bezweckt, bei denen der Gesellschafter sich unter

---

10) Vgl. OLG Frankfurt a.M., GmbHRspr. II, R. 11 zu § 38.

11) Vgl. Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 11; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 21; Scholz-Priester, 6. Aufl., § 53 Anm. 40; Jung-Senssfelder, S. 96ff.; vgl. auch Rücker, S. 116f., 122ff., der aber außer einem satzungsändernden Beschluß zusätzlich ein gerichtliches Gestaltungsurteil für erforderlich hält; vgl. auch OLG Hamburg, GmbH-Rdsch. 1954, 188 = MDR 1955, 109 = BB 1954, 978 (gekürzt), das aber statt von der völligen Entziehung des Sonderrechts von der endgültigen Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers spricht.
A.A. Scholz, 5. Aufl., § 14 Anm. 13 und Wolany, S. 181, die einen einfachen Mehrheitsbeschluß genügen lassen.
Ein satzungsändernder Gesellschafterbeschluß ist auch für die Entziehung eines relativ unentziehbaren allgemeinen Mitgliedschaftsrechts auf Geschäftsführung erforderlich; vgl. dazu Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 28.

12) Abweichend Winkler, Lückenausfüllung, S. 48, wobei der dargelegte Unterschied zwischen der bloßen Abberufung und der Entziehung des Sonderrechts jedoch vernachlässigt wird.

dem Einfluß eines Sonderinteresses befindet, bestimmt u.a., daß ein Gesellschafter bei einer Beschlußfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen ihm und der Gesellschaft betrifft, kein Stimmrecht hat. Man könnte zwar daran denken, die Geschäftsführerabberufung in diesem Zusammenhang unter den Begriff "Rechtsgeschäft" zu subsumieren und infolgedessen bei der diesbezüglichen Beschlußfassung das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers auszuschließen. Jedoch muß der Begriff des Rechtsgeschäfts einschränkend ausgelegt werden. Ein Stimmrechtsausschluß des Gesellschafters kommt nur dann in Betracht, wenn sein mit dem Gesellschaftsinteresse bei einem Rechtsgeschäft unmittelbar kollidierendes Sonderinteresse kein mitgliedschaftliches, sondern ein privates ist[13]. Ist dagegen das mit dem Gesellschaftsinteresse kollidierende Interesse des Gesellschafters ein mitgliedschaftliches, kann ihm nicht zugemutet werden, die diesbezügliche Verwaltungsentscheidung durch den Ausschluß seines Stimmrechts den anderen Gesellschaften zu überlassen. In solchen Fällen sind alle Gesellschafter aufgrund ihres Mitverwaltungsrechts zur Mitwirkung berechtigt.

Diese einschränkende Auslegung des Rechtsgeschäftsbegriffes in § 47 Abs. 4 Satz 2 gilt erst recht für diejenigen Akte, die sich auf Organstellungen beziehen. Deshalb kommt ein Stimmrechtsausschluß eines Gesellschafters nicht in Betracht, wenn über seine Geschäftsführerbestellung Beschluß gefaßt werden soll[14]. Daß das hier mit dem Gesellschafts-

---

13) Vgl. dazu Zöllner, Schranken, S. 231f. Zur Entwicklung der Stimmverbote in Gesetzgebung, Rechtsprechung und Wissenschaft, s. Zöllner, aaO., S. 146ff.; die neuere Rechtsprechung des BGH bezüglich der Stimmverbote wird von Wank, passim, zusammengestellt.

14) Einhellige Auffassung; hier nur: Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 68; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 108; Zöllner, aaO., S. 232 (mit zahlreichen weiteren Literaturangaben in Fn. 16, S. 226).
Es stellt sich die Frage, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann stimmberechtigt ist, wenn über den Abschluß bzw. die Änderung (insb. Erhöhung der Bezüge) seines Anstellungsvertrages Beschluß gefaßt werden soll. Obwohl sich dieses Rechtsgeschäft auch im privaten Bereich des Gesellschafters auswirkt, kann nicht geleugnet werden, daß es hier einen engen inneren Zusammenhang mit der Bestellung und weiterhin mit der mitgliedschaftlichen Stellung des Gesellschafter-Geschäftsführers innerhalb der personalistischen GmbH gibt. Deshalb billigt die h.M. dem Gesellschafter-Geschäftsführer

interesse kollidierende Sonderinteresse des Gesellschafters ein rein mitgliedschaftliches ist, liegt auf der Hand. Ähnliches gilt für die Geschäftsführerabberufung; der Gesellschafter-Geschäftsführer darf hier mitstimmen[15]. Das kollidierende Interesse des Gesellschafters ist auch hier rein mitgliedschaftlich. Außerdem kann nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß die unter Mitwirkung des Gesellschafter-Geschäftsführers vorgenommene Bestellung an Bedeutung verlieren würde, wenn die Mitgesellschafter seine Bestellung alsbald ohne seine Mitwirkung widerrufen könnten.

Fraglich ist, ob der Gesellschafter-Geschäftsführer auch dann ein Stimmrecht hat, wenn seine Abberufung aus wichtigem Grunde bevorsteht. Gegen einen Stimmrechtsausschluß könnte eingewendet werden, daß auch hier das mit dem Gesellschaftsinteresse kollidierende Interesse des Gesellschafter-Geschäfrsführers ein mitgliedschaftliches sei und zwar genau dasselbe, das auch bei der Beschlußfassung über die grundlose Abberufung mit dem Gesellschaftsinteresse kollidiere. Deswegen könnte eine unterschiedliche Behandlung dieser Fälle ungerechtfertigt sein. Zutreffenderweise[16] ist das Bestehen eines Stimmrechts des Gesellschafter-Geschäftsführers

---

zutreffenderweise das Stimmrecht zu. Vgl. Zöllner, aaO., S. 233ff.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 69; Scholz-Karsten Schmidt, aaO. A.A. Immenga-Werner, S. 58; Wolany, S. 225ff.

15) Einhellige Auffassung; hier nur: Zöllner, aaO., S. 235 (m.w.N. in Fn. 56); Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 1o9; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 7o; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 22.

16) Nahezu einhellige Auffassung; hier nur: Zöllner, aaO., S. 235ff. (m.w.N. in Fn. 57); Scholz-Karsten Schmidt, aaO., Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 75; Mertens in Hachenburg, aaO.; vgl. auch § 82 Abs. 3 Nr. 4 RegE GmbHG. Differenzierend Roth, § 38 Anm. 3.3.1., der den abzuberufenden Gesellschafter-Geschäftsführer vom Stimmrecht nur dann für ausgeschlossen hält, wenn der wichtige Grund in dessen Person liegt, nicht jedoch ohne weiteres auch dann, wenn er sich aus objektiven Umständen ergibt.
Auch hier ist es gleichgültig, ob die Geschäftsführerabberufung in der Satzung auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2 beschränkt wurde; vgl. etwa Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 17; Eder, S. 22. A.A. Brodmann, § 38 Erl. 2b; anscheinend auch H.P. Westermann, Abberufung, S. 4o.
Der Charakter dieses Stimmverbots ist zwingend; die Satzung kann es nicht ausschließen: Immenga-Werner, S. 59; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 159; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 78; vgl. auch § 82 Abs. 5 Satz 1 RegE GmbHG.

bei seiner Abberufung aus wichtigem Grunde jedoch zu verneinen. Dies läßt sich dem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz (vgl. etwa §§ 117, 127, 14o HGB und § 712 Abs. 1 BGB) entnehmen, daß Gesellschafter über solche Maßnahmen, die ihnen gegenüber aus wichtigem Grunde vorgenommen werden sollen, d.h. weil eine Fortsetzung des bisherigen Zustandes für die anderen Gesellschafter nicht mehr zumutbar wäre, nicht mitstimmen dürfen[17]. Die derart bewirkte Vorrechtsstellung des Gesellschaftsinteresses gegenüber dem persönlichen Erhaltungsinteresse des Gesellschafter-Geschäftsführers steht auch mit dem zwingenden Charakter des Widerrufsrechts aus wichtigem Grunde in Einklang. Das Stimmverbot gilt auch bei der Zweimann-GmbH.

Sehr wichtig ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Stimmrechtsausschluß des Gesellschafter-Geschäftsführers allein an die Behauptung eines wichtigen Grundes oder an dessen tatsächliches Vorliegen zu knüpfen ist. Die h.M. neigt dazu, für den Stimmrechtsausschluß die bloße Behauptung eines wichtigen Grundes genügen zu lassen[18]. Zöllner[19] weist aber zutreffend darauf hin, daß diese Meinung zu einer erheblichen Vernachlässigung des persönlichen Erhaltungsinteresses des abzuberufenden Gesellschafter-Geschäftsführers führt. Kann die Geschäftsführerabberufung jederzeit nach § 38 Abs. 1 erfolgen und wird der Stimmrechtsausschluß und infolgedessen die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers mittels der Behauptung eines wichtigen Grundes herbeigeführt, bleibt der abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer, selbst wenn er Mehrheitsgesellschafter ist, schutzlos, weil die Abberufung nach § 38 Abs. 1 lediglich einen

17) Dieser allgemeine Grundsatz ist ursprünglich von A. Hueck, Ausschluß, S. 11o und Anm. zu LG Frankfurt a.M., NJW 1951, 719f. Nr. 16, ebenda, aufgestellt worden. Er kommt auch dann in Betracht, wenn Beschluß über die Kündigung des Dienstvertrages des Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grunde (§ 626 BGB) gefaßt werden soll.

18) S. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 22; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 1o9; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Fleck, Abberufung, S. 227; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 541; Groschuff, § 38 Anm. 1; BGH, LM Nr. 5 zu § 38 GmbHG = WM 1969, 8o8ff. = MDR 1969, 642 = NJW 1969, 1483; BGHZ 86, 177, (181) = BB 1983, 21o, (211) = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (84) = JZ 1983, 392, (394) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, 15o.

19) Zöllner, aaO., S. 237ff. S. auch Matzke, S. 118f.

formal gültigen Beschluß voraussetzt[20]. Ist die Geschäftsführerabberufung auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes nach § 38 Abs. 2 beschränkt und wird der Stimmrechtsausschluß des Gesellschafter-Geschäftsführers mittels eines vorgeschobenen wichtigen Grundes erreicht, ist zwar der abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer hier nicht schutzlos, denn er hat die Möglichkeit, den Abberufungsbeschluß wegen inhaltlichen Satzungsverstoßes anzufechten; sein Schutz ist jedoch unvollkommen, weil in einem solchen Fall die Last der Klage stets ihm aufgebürdet wird[21]. Deshalb muß für einen Stimmrechtsausschluß in allen Fällen an das tatsächliche Vorliegen und nicht an die bloße Behauptung des wichtigen Abberufungsgrundes angeknüpft werden.

Versucht der vom Stimmrecht ausgeschlossene Gesellschafter-Geschäftsführer Einfluß auf die Abstimmung über die Abberufung durch einen Stimmbindungsvertrag mit einem Gesellschafter zu gewinnen, aufgrund dessen der Gesellschafter sich verpflichtet, nach seinen Weisungen zu stimmen, ist ein solcher Stimmbindungsvertrag unwirksam[22]. In einem solchen Falle darf der gebundene Gesellschafter sein Stimmrecht frei ausüben. Trotz der Unwirksamkeit des Stimmbindungsvertrages ist seine Stimmabgabe jedoch wirksam und der so gefaßte Gesellschafterbeschluß mangelfrei[23].

---

20) Selbst wenn der für den Stimmrechtsausschluß und infolgedessen für die Abberufung maßgebende wichtige Grund nur vorgeschoben war, gibt es keinen Rechtsbehelf gegen die Abberufung nach § 38 Abs. 1. Der abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer kann weder eine Klage auf Feststellung seiner noch fortbestehenden Organstellung (so aber Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 18) noch eine Klage auf Anfechtung des Abberufungsbeschlusses wegen Inhaltsverstoßes (so aber Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 109) erheben.

21) S. Zöllner, aaO.

22) Allgemeine Auffassung: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 43; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 29; Zöllner, aaO., S. 283; Teichmann, S. 227; Fischer, Abstimmungsvereinbarungen, S. 67; BGHZ 48, 166f. = GmbH-Rdsch. 1968, 99ff. mit Anm. von Barz = JZ 1968, 24ff. mit Anm. von Peters = JR 1967, 459ff. mit Anm. von Mertens; zur AG vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 136 Anm. 92.

23) H.M.: Zöllner, Schranken, S. 283; Fischer, aaO., S. 68; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 31; zur AG vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 136 Anm. 108. Abweichend Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 51, der die Stimmabgabe des aufgrund eines solchen unwirksamen Stimmbindungsvertrags Verpflichteten derjenigen eines vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafters gleichstellt; er hält eine solche Stimmabgabe für nichtig und einen so gefaßten Gesellschafterbeschluß für anfechtbar.

Schließlich sei hier noch angemerkt, daß vom Stimmverbot nur das Stimmrecht, nicht dagegen das Teilnahmerecht erfaßt wird. Der abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer darf an der Gesellschafterversammlung teilnehmen und seine Meinung über die zur Beschlußfassung anstehende Abberufung seinen Mitgesellschaftern darlegen[24].

3. Die Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung

§ 13o Abs. 1 AktG bestimmt, daß jeder Beschluß der Hauptversammlung durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden ist, in der nach Abs. 2 u.a. auch die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlußfassung anzugeben ist. Aus der letztgenannten Vorschrift geht mittelbar hervor, daß der Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden konstitutive Wirkung in doppeltem Sinne zukommt: Einmal ist diese Ergebnisfeststellung und -verkündung Wirksamkeitserfordernis eines Hauptversammlungsbeschlusses, zum anderen ist sie maßgebend für das Beschlußergebnis[25].

Sehr streitig ist, was bei der GmbH zu gelten hat, bei der eine Vorschrift, die der Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung die oben geschilderte konstitutive Wirkung verleiht, fehlt. Diese Ergebnisfeststellung und -verkündung als Wirksamkeitserfordernis[26] für Beschlußfassungen bei der personalistischen GmbH anzusehen, wäre wenig glücklich, weil bei

---

24) Allgemeine Meinung; s. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 15o, § 48 Anm. 13 m.w.N.; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 58, § 48 Rdn. 8; Zöllner, Schranken, S. 187f. m.w.N. in Fn. 42; Immenga-Werner, S. 59.

25) Einhellige Lehre im Aktienrecht; hier nur: Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 13o Anm. 39, § 133 Anm. 95f. m.w.N.

26) Die Ergebnisfeststellung und -verkündung wird von Zöllner, Schranken, S. 294ff., als Wirksamkeitserfordernis für Beschlußfassungen der GmbH (mit Ausnahme des personalistischen Typs) angesehen; allgemein zustimmend für Körperschaften Bartholomeyczik, S. 311.
A.A. die herrschende Lehre: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 37; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 48 Rdn. 13f.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 48 Anm. 52; Harde, S. 188ff.; A. Hueck, Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse, S. 4o9; Ballerstedt, Verkündung, passim; BGHZ 51, 2o9, (212) = Die AG 1969, 388, (389) = NJW 1969, 841, (842) = LM, Nr. 13 zu § 47 GmbHG. S. auch die Anmerkung von Hofmann zu dieser Entscheidung in GmbH-Rdsch. 197o, 119, 12of.

diesem Gesellschaftstyp eine solche Feststellung und Verkündung nur selten vorkommt. Bei der personalistischen GmbH werden die dispositiven Vorschriften des § 48 oftmals derart abgeändert, daß von Formvorschriften bezüglich der Beschlußfassung weitgehend abgesehen wird. Es wird z.B. oft in der Satzung vereinbart, daß Gesellschafterbeschlüsse auch außerhalb von Gesellschafterversammlungen, mündlich, telefonisch, telegrafisch oder in sonstiger Weise gefaßt werden können. Es ist auch möglich, daß die Satzung die Bestellung eines Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung nicht vorsieht (vom GmbHG selbst wird eine solche Bestellung überhaupt nicht vorgesehen) oder in einer Gesellschafterversammlung von einer Bestellung ad-hoc abgesehen wird. In all diesen Fällen kann eine Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung nicht zur Debatte stehen.

Ist aber in der Gesellschafterversammlung einer GmbH ein Vorsitzender vorhanden (selten in der Gesellschafterversammlung einer personalistischen GmbH), sei es daß seine Bestellung in der Satzung vorgesehen ist, sei es daß sie in der Gesellschafterversammlung ad-hoc erfolgt ist, und findet eine Ergebnisfeststellung und Verkündung durch ihn statt[27], ist seine Feststellung und Verkündung als maßgebend für das Ergebnis anzusehen[28]. Die Maßgeblichkeit der Feststellung

---

27) Sieht aber der Vorsitzende von einer Ergebnisfeststellung und -verkündung bewußt ab, kann eine verbindliche Feststellung des Beschlußergebnisses entweder von einem vereinbarten Schiedsgericht (vgl. LG, Frankfurt a.M., NJW 1951, 719 Nr. 16) oder von einem staatlichen Gericht durch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO (vgl. BGHZ 76, 154, 157f. = BB 1980, 750, 751 = GmbH-Rdsch. 1980, 295, 296f.) herbeigeführt werden. Anders dagegen bei der AG, bei der die Ergebnisfeststellung Wirksamkeitserfordernis für die Beschlußfassung ist und deswegen nicht einer gerichtlichen Klärung überlassen werden kann; vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 134.

28) So auch Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 48 Anm. 53 m.w.N.; Schilling-Zutt in Hachenburg, aaO.,; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 48 Rdn. 15f.; Zöllner, Schranken, S. 396ff.; ders., Zur positiven Beschlußfeststellungsklage, S. 626f.; Handbuch-Eder, Rz. I. 462.1; Fichtner, S. 823; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 Anm. 3A; A. Hueck, Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse, S. 409; BGHZ 14, 25, (37f.) = BB 1954, 698 = NJW 1954, 1401, (1402) (jedoch für einen satzungsändernden Gesellschafterbeschluß); wohl auch, obwohl unklar, Harde, aaO.

und Verkündung durch den Vorsitzenden für das Beschlußergebnis ist aus Rechtssicherheitsgründen geboten, was besonders im Falle einer unrichtigen Feststellung und Verkündung des Beschlußergebnisses zum Ausdruck kommt: Wird das Beschlußergebnis unrichtig festgestellt und verkündet, weil z.B. ein Stimmverbot nicht beachtet wurde oder die Stimmen unrichtig ausgezählt wurden, kann sich ein Gesellschafter, der die Unrichtigkeit geltend machen will, nicht jederzeit auf das wahre Beschlußergebnis berufen, sondern ist auf die befristete Anfechtungsklage angewiesen[29]. Dies steht mit Sinn und Zweck der analogen Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mangelhafter Hauptversammlungsbeschlüssen auf die GmbH (insbesondere mit der Einschränkung der Nichtigkeitsfälle) durchaus in Einklang.

Stimmen die Gesellschafter im schriftlichen Verfahren nach § 48 Abs. 2 ab, muß der Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung die Mitteilung des Beschlußergebnisses durch den oder die Geschäftsführer an die Gesellschafter gleichgestellt werden. Ob diese Mitteilung Wirksamkeitserfordernis der Beschlußfassung ist, ist umstritten[30]. Erfolgt aber diese

---

A.A. Walter Schmidt-Goerdeler in Hachenburg, 6. Aufl., § 45 Anm. 16a; KG, JW 1937, 549, (55o) (für die weniggliedrige GmbH); für einen gewöhnlichen, nicht satzungsändernden Beschluß BGHZ 51, 2o9, 212 = Die AG 1969, 388, (389) = NJW 1969, 841, (842) = GmbH-Rdsch. 197o, 119 mit zust. Anm. von Hofmann, ebenda = LM,Nr. 13 zu § 47 GmbHG mit zust. Anm. von Fleck: "Die verkündete Ansicht des Vorsitzenden, die Abstimmung habe zu einem bestimmten Ergebnis geführt, ist hier anders, als bei der Aktiengesellschaft (§ 13o Abs. 2 AktG), rechtlich ohne Belang oder höchstens als Beweismittel verwertbar".

29) Darüber, ob mit der Anfechtungsklage auch eine Klage auf Feststellung des richtigen Beschlußergebnisses verbunden werden kann, s. unten S. 83f.

3o) Bejahend: Zöllner, Schranken, S. 296; Walter Schmidt-Goerdeler in Hachenburg, 6. Aufl., § 48 Anm. 18; Scholz, 5. Aufl., § 48 Anm. 11; Baumbach-Hueck, § 48 Anm. 2C; Vogel, § 48 Anm. 4; Brodmann, § 48 Erl. 2; BGHZ 15, 324, (329); a.A.: Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 48 Rdn. 23f.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 48 Anm. 64; A. Hueck, aaO., S. 41c.

Mitteilung, gilt sie als maßgebend für das Beschlußergebnis. Bei Unrichtigkeit ist sie nur durch Anfechtungsklage zu beseitigen[31].

Aus alledem läßt sich für die Beschlußfassung über die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers bei der personalistischen GmbH entnehmen, daß die Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung nicht als Wirksamkeitserfordernis des Abberufungsbeschlusses angesehen werden kann. Erfolgt aber eine solche Feststellung und Verkündung, ist sie für das Ergebnis dieser Beschlußfassung maßgebend.

II. Die Erklärung des Abberufungsbeschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer

Von § 38 abgesehen, enthält das GmbHG bezüglich der Durchführung der Geschäftsführerabberufung lediglich die Vorschrift, daß sie der durch Beschlußfassung erfolgenden Bestimmung der Gesellschafter unterliegt (§ 46 Nr. 5 i.V.m. § 47 Abs. 1). Es ließe sich deswegen daran denken, daß allein der den Abberufungsantrag annehmende Beschluß der Gesellschafterversammlung - der allerdings die Abberufungszuständigkeit dann obliegt, wenn sie nicht gemäß § 45 Abs. 2 einer anderen Stelle übertragen worden ist - das Erlöschen der durch die Bestellung erlangten organschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers bewirkt. Nahezu einhelliger Auffassung nach reicht jedoch dazu der bloße Abberufungsbeschluß nicht aus. Zum Eintritt der obengenannten Rechtsfolge bedarf es zusätzlich der Erklärung (Mitteilung) des Abberufungsbeschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer[32]. Diese

31) Vgl. etwa Scholz-Karsten Schmidt, aaO.; Hueck, aaO.

32) Vgl. etwa Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 11; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 12; Plander, Vertretung, S. 336 m.w.N. in Fn. 29. Abweichend Feine, S. 476, der behauptet, daß die Abberufung unmittelbar mit dem Beschluß der Gesellschafter zustande komme, dem Geschäftsführer gegenüber jedoch erst mit der Kenntnisnahme wirksam werde. Gegen die Auffassung Feines zu Recht Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 2, mit der Begründung, eine solche Kenntnis (u.a. vom Hörensagen) sei zu unbestimmt.
Auch der Bestellungsbeschluß führt die beabsichtigte Rechtsfolge noch nicht herbei. Erforderlich ist auch hier die Erklärung des Bestellungsbeschlusses gegenüber dem Gewählten (und zusätzlich die Annahme der Bestellung). Vgl. statt aller Plander, Bestellung, S. 197, 202f. m.w.N.

Erklärung ist deshalb erforderlich, weil der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer mit Sicherheit wissen muß, ab wann er die ihm (teilweise im öffentlichen Interesse) auferlegten Amtspflichten nicht mehr zu erfüllen hat. Dies gilt insbesondere für den Fall, daß er bei der Gesellschafterversammlung über seine Abberufung nicht anwesend war. Aber auch in Bezug auf einen anderen Gesichtspunkt erlangt diese Erklärung eine besondere Bedeutung: Solange sie nicht erfolgt ist, steht es der Gesellschafterversammlung frei, den gefaßten Beschluß durch einen neuen mit anderem Inhalt zu ersetzen oder ihn völlig aufzuheben[33]. Ist aber die Erklärung schon erfolgt, vermag ein Aufhebungsbeschluß die eingetretenen Wirkungen der Abberufung nicht zu beseitigen. Diese Wirkungen können nur durch die Fassung eines erneuten Bestellungsbeschlusses, seine Erklärung gegenüber dem Gewählten und die Annahme der Bestellung von dessen Seite beseitigt werden.

Im Gegensatz aber zu der bezüglich der Erforderlichkeit der Erklärung des Abberufungsbeschlusses gegenüber dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer bestehenden Einmütigkeit herrscht über die rechtliche Erfassung dieser Erklärung weitgehend Unklarheit. So vertreten Scholz[34] und Walter Schmidt-Goerdeler[35] die Auffassung, eine Erklärung gegenüber einer anderen Person sei nichts anderes als dasjenige Element, das den bloßen Beschluß zur Willenserklärung mache.

---

Die Erklärung des Abberufungsbeschlusses darf freilich nicht mit der - bei der personalistischen GmbH außerdem, wie oben ausgeführt, selten vorkommenden - Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung verwechselt werden.

33) Vgl. RGZ 68, 381, (385f.) = LZ 19o8, Sp. 7o1; Plander, aaO., S. 2o3; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 62; Baltzer, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel, S. 183f. Zum Aufhebungsbeschluß im allgemeinen vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 39; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 13; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 133 Anm. 1o9ff.

34) Scholz, 5. Aufl., § 45 Anm. 8.

35) Walter Schmidt-Goerdeler in Hachenburg, 6. Aufl., § 45 Anm. 7f.

Sie vergleichen den Vorgang der körperschaftlichen Willensbildung mit demjenigen der internen Willensbildung einer Einzelperson und stellen den noch nicht gegenüber einer anderen Person erklärten Beschluß dem noch nicht erklärten Willen einer Einzelperson gleich. Zwar wird als Unterschied beider Arten der Willensbildung festgestellt, daß die körperschaftliche Willensbildung (die durch die Erklärung einer Reihe von Einzelwillen geschehe), im Gegensatz zu derjenigen einer Einzelperson ein sozialrechtlicher Vorgang sei, der sich schon auf einem der Rechtsordnung unterworfenem Gebiet vollziehe. Die Ähnlichkeit beider Arten der Willensbildung liege aber darin, daß, wie der nicht erklärte Wille der Einzelperson ein Internum bleibe und keinen Rechtserfolg hervorzubringen vermöge, auch der Organwille ein Internum des Willensbildungsorgans bleibe; solange er nicht gegenüber einer anderen Person erklärt werde, könne er keine Rechtswirkungen herbeiführen. Infolgedessen sprechen diese Autoren dem nicht erklärten Organwillen (dem bloßen Beschluß) den Charakter der Willenserklärung ab.

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden[36]. Die Begriffe Willenserklärung und Rechtsgeschäft sind Grundbegriffe der Rechtslehre, die nicht nur für das Individualrecht, sondern auch für das gesamte Körperschaftsrecht gelten[37]. Demzufolge ist die Stimmabgabe eines Gesellschafters eine Willenserklärung, weil der Gesellschafter damit seinen auf die Hervorbringung eines bestimmten Rechtserfolges - Annahme oder Ablehnung des Beschlußantrags - gerichteten Willen erklärt[38]. So ist auch der sich aus mehreren Willenserklärungen zusammensetzende Beschluß ein Rechtsgeschäft[39]. Daß sich die durch den bloßen Beschluß

36) S.auch die Bedenken bei Aigner, S. 31ff.
37) Vgl. Bartholomeyczik, S. 334; ihm folgend auch: Schilling, Gesellschafterbeschluß, S. 262; Aigner, S. 34.
38) Vgl. statt aller: Schilling, aaO., S. 261; Himmelsbach, S. 6f.; jeweils mit w.N.; BGHZ 14, 264, (267).
39) Vgl. statt aller: Bartholomeyczik, passim; Baltzer, aaO., S. 177f. m.w.N. in Fn. 22.

eintretenden Rechtswirkungen regelmäßig nur auf das gesellschaftliche Innenverhältnis beschränken und nicht die Rechtsstellung anderer Personen berühren, spielt dabei keine Rolle. "Denn auch Rechtswirkungen, die nur im gesellschaftlichen Innenleben eintreten, bleiben echte Rechtswirkungen, begründen echte Rechtsverhältnisse".[4o)]

Ob es zur Verwirklichung des Beschlusses nach außen oft eines zusätzlichen Aktes, insbesondere einer Erklärung des Beschlusses gegenüber einer dritten (nicht mit dem Beschlußorgan identischen) Person bedarf, ist eine ganz andere Frage, die mit den sich im Beschluß verkörperten Erklärungen des Willens der einzelnen Gesellschafter nichts zu tun hat, sondern sich auf die Ausführungsbedürftigkeit des Beschlusses bezieht. Während sich bei der mehrgliedrigen Gesellschaft jeder - den Beschlußantrag annehmender oder ablehnender - Beschluß ein sich aus den Willenserklärungen der einzelnen Gesellschafter zusammensetzendes Rechtsgeschäft ist, ist eine Ausführungshandlung, insb. eine Erklärung des Beschlusses, nicht bei allen Beschlüssen möglich bzw. notwendig[41)]. Da also auch die nicht ausführungsbedürftigen Beschlüsse Rechtsgeschäfte sind, kann nicht behauptet werden, erst durch seine Ausführung (eventuell seine Erklärung gegenüber einem Dritten) werde der Beschluß zur Willenserklärung[42)].

Überträgt man diese Überlegungen auf den Fall der Geschäftsführerabberufung, ergibt sich folgendes: Der auf den Erklärungen des Willens der einzelnen Gesellschafter beruhende Beschluß über die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers enthält eine nur für das Innenverhältnis bedeutsame

---

4o) So wörtlich Bartholomeyczik, S. 3o1.

41) Keiner Ausführung sind etwa die negativen Beschlüsse zugänglich, d.h. die den Beschlußantrag ablehnenden und so die Aufrechterhaltung des bisherigen Zustands erreichenden Beschlüsse. Vgl. dazu statt aller Baltzer, aaO., S. 128f.

42) Unabhängig davon ist die Frage, ob der Ausführungsakt selbst eine Willenserklärung der Gesellschaft ist.

Regelung. Innerhalb der Gesellschaft steht jetzt verbindlich fest, daß der Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen werden soll bzw. daß er seine Amtsbefugnisse weiter ausüben darf. Nimmt aber der Beschluß den Abberufungsantrag an, ist er ausführungsbedürftig. Zu seiner Verwirklichung nach außen, also zur Entfaltung von Wirkungen auch gegenüber dem Betroffenen, bedarf es der Erklärung (Mitteilung) des Beschlusses ihm gegenüber.

Was diesen Ausführungsakt angeht, läßt sich nicht behaupten, er sei zwar zum Eintritt des angestrebten Rechtserfolges erforderlich, besitze jedoch selbst keinen eigenen Rechtscharakter. Vielmehr handelt es sich bei diesem Ausführungsakt um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der Gesellschaft[43]. Zunächst enthält er eine Erklärung des durch das zuständige Organ gebildeten Willens der Gesellschaft, d.h. des Beschlusses. Diese Willenserklärung ist weiter auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges gerichtet. Der angestrebte Rechtserfolg ist das Erlöschen der durch die Berufung verliehenen organschaftlichen Rechtsstellung des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers. Grund für den Eintritt der angestrebten Rechtsfolge ist allein die Abgabe dieser Erklärung. Die Rechtsnatur der Erklärung des Abberufungsbeschlusses als einer einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärung der Gesellschaft kann nicht mit der Überlegung geleugnet werden, diese Erklärung betreffe nicht den Rechtsverkehr mit einer außerhalb der Gesellschaft stehenden Person. Denn auch

---

43) Als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der Gesellschaft qualifizieren die Erklärung des Abberufungsbeschlusses gegenüber dem Betroffenen auch: Plander, aaO., S. 2oo; ders., Vertretung, passim; Bartholomeyczik, S. 316ff.; Schilling, aaO., S. 264; ders. in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 12, § 46 Rdn. 17; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 18; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 12; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 4o, § 46 Anm. 69; Fleck, Abberufung, passim; Baltzer, aaO., S. 128f., 181; RGZ, aaO.
So freilich wird auch die Bestellungserklärung qualifiziert; hier nur: Plander, Bestellung, S. 197, 2oo; ders., Vertretung, S. 335; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 62; BGHZ 52, 316, 321.

Rechtshandlungen, die die Rechtsstellung einer innerkörperschaftlichen Person, eines in die Organisation der Gesellschaft schon eingegliederten Organmitglieds berühren, werden von den Oberbegriffen der Rechtslehre "Willenserklärung" und "Rechtsgeschäft" erfaßt.

Sehr oft wird die Geschäftsführerabberufung als körperschafts- bzw. sozialrechtlicher Akt (Sozialakt) bezeichnet[44]. So sagt etwa Otto von Gierke wörtlich: "Die Berufung zur Trägerschaft oder Mitträgerschaft von Organstellungen wird entweder durch die Verfassung unmittelbar an die Verwirklichung eines Tatbestandes geknüpft oder durch besondere Willensaktionen (z.B. Wahlen oder Ernennungen) vermittelt. Derartige Willensaktionen sind wiederum eigenartige sozialrechtliche Akte, denen aber Verträge oder andere Rechtsgeschäfte vorangehen oder sich einfügen können. Ähnlich verhält es sich mit der Abberufung aus Organstellungen".[45]

Der Begriff des Sozialaktes ist aber als solcher nicht aussagekräftig[46]. Der Versuch, alle der Willensbildung und der Organisation der Körperschaft dienenden Handlungen unter den Begriff des Sozialaktes zu subsumieren und diesen Begriff von dem Rechtsgeschäftsbegriff zu scheiden, hat sich nicht durchsetzen können. Die Begriffe "Willenserklärung" und "Rechtsgeschäft" erfassen auch die Sozialakte[47]. So enthält, wie oben gesagt, der wichtigste Sozialakt, nämlich

---

44) Wobei nicht immer klar hervortritt, ob darunter nur der Abberufungsbeschluß oder der gesamte Abberufungsvorgang einschließlich der Erklärung dieses Beschlusses gegenüber dem Betroffenen verstanden wird.

45) Otto v. Gierke, S. 498.

46) S. dazu Schilling, Gesellschafterbeschluß, S. 265. Vgl. auch Fleck, Abberufung, S. 223f. Vgl. ferner die von Zöllner, Schranken, S. 225ff., anläßlich der Behandlung des Stimmrechtsausschlusses bei Vornahme von Rechtsgeschäften geäußerten Bedenken. Dem Begriff des Sozialaktes ist lediglich insofern Bedeutung beizumessen, als er oft Anhaltspunkte dafür enthält, daß die Vertretung der Gesellschaft bei seiner Ausführung dritten (nicht mit dem Beschlußorgan identischen) Personen gegenüber, dem obersten Körperschaftsorgan, d.h. den Gesellschaftern obliegt.

47) Hierzu eingehend Aigner, S. 15ff.

der Körperschaftsbeschluß, die Begriffsmerkmale des Rechtsgeschäfts. Aber auch auf die anderen inneren Körperschaftshandlungen findet der Rechtsgeschäftsbegriff Anwendung.

Zusammenfassend läßt sich festhalten, daß die die Aufhebung der organschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers herbeiführende Abberufung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung der Gesellschaft ist, die von dem zugrunde liegenden und nur intern wirkenden Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung streng zu unterscheiden ist.

Es stellt sich nun die Frage, welchem Organ die Vertretung der GmbH bei der Abgabe der Abberufungserklärung gegenüber dem Betroffenen obliegt. Im Zweifel obliegt diese Vertretung demjenigen, dem auch die Abberufungskompetenz im oben[48] beschriebenen Sinne zusteht. Ist die Abberufungskompetenz nicht einer anderen Stelle übertragen worden, sind einhelliger Auffassung nach nicht die Geschäftsführer, sondern die Gesellschafter befugt, die Gesellschaft auch bei der Abgabe der erforderlichen Abberufungserklärung gegenüber dem Betroffenen zu vertreten[49]. Dies folgt insbesondere aus der Tatsache, daß es sich um eine wichtige Maßnahme handelt, deren Vornahme Schnelligkeit erfordert und nicht dadurch verzögert werden darf, daß ein Geschäftsführer nicht vorhanden oder anwesend ist, daß er verhindert ist oder sich weigert, bei der Abberufung eines Kollegen mitzuwirken[5o].

---

48) S. oben S. 42ff.

49) Ganz h.M.: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 69; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 45 Rdn. 12, § 46 Rdn. 16; Plander, Vertretung, S. 341 m.w.N. in Fn. 4o und ausführlicher Begründung. Entgegen Brodmann, § 38 Erl. 2a und Harde, S. 152, ist die Zuständigkeit eines fakultativ bestehenden Aufsichtsrats ohne besondere Ermächtigung ausgeschlossen.
Zu der Frage der Mitwirkung des betroffenen Ges.-Gesch. bei der Abgabe der erforderlichen Abberufungserklärung s. Plander, aaO., S. 377ff.

5o) Plander, aaO., S. 348f.

Zulässigerweise können aber die Gesellschafter ein anderes Organ, einzelne Gesellschafter, die Geschäftsführer oder außenstehende Dritte, derart mit der Erklärung des Abberufungsbeschlusses betrauen, daß letztere die erforderliche Erklärung dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer als Bote überbringen oder als Vertreter der GmbH in deren Namen abgeben[51]. Nach verbreiteter Auffassung[52] sind sogar etwa vorhandene andere Geschäftsführer auch ohne eine jeweils ausdrücklich auszusprechende besondere Ermächtigung befugt, die Abberufungserklärung gegenüber dem Mitgeschäftsführer vorzunehmen, soweit sich die Gesellschafter die Abgabe der erforderlichen Erklärung nicht ausdrücklich vorbehalten.

Ergänzend sei hier noch vermerkt, daß, wenn der abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer an der Gesellschafterversammlung teilnimmt, an der über seine Abberufung beschlossen wird, es nicht der nochmaligen Erklärung des Abberufungsbeschlusses ihm gegenüber bedarf[53]. Mit der Kenntnisnahme des Beschlusses geht ihm auch die Abberufungserklärung der Gesellschaft zu; der Abberufungsbeschluß und der Ausführungsakt fallen hier zusammen.

---

51) Plander, aaO., S. 381ff.

52) So etwa Plander, aaO., S. 386ff. (m.w.N.), mit dem Argument, daß die Gesellschafter - falls sie nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmten - den Geschäftsführern die allgemeine Befugnis zur Ausführung von Beschlüssen zugleich mit der Bestellung und Anstellung stillschweigend übertrügen und jedenfalls damit sie allgemein ermächtigten, auch die Abberufungserklärung als Bote oder Vertreter der Gesellschaft abzugeben.

53) S. Schilling in Hachenburg, aaO.; ders., Gesellschafterbeschluß, S. 264; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 18; Scholz-Uwe H. Schneider, aaO.; Harde, S. 152f.; BGHZ 52, aaO. Vgl. auch Fleck, Dienstverhältnis 1981, S. 11.

## § 6. DIE UNRECHTMÄSSIGE ABBERUFUNG

### I. Der mangelhafte Abberufungsbeschluß

#### 1. Allgemeines

Nicht selten kommt es vor, daß Gesellschafterbeschlüsse mangelhaft sind, d.h. gegen gesetzliche oder statutarische Bestimmungen verstoßen. Aus Rechtssicherheits- und Rechtsklarheitsgründen sind auf solche Beschlüsse nicht die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte (§§ 116ff., 134, 138 BGB) anzuwenden, sondern besondere Grundsätze, welche die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen nur auf die unbedingt notwendigen Fälle schwerwiegender Rechtsverstöße beschränken und in den übrigen Fällen die Annahme bloßer Anfechtbarkeit gebieten. Diese Grundsätze wurden zunächst im Aktienrecht entwickelt und fanden ihren gesetzlichen Niederschlag in den §§ 195ff. AktG 1937, an deren Stelle nach der Aktienrechtsreform im Jahre 1965 die §§ 241ff. AktG traten. Obwohl das GmbHG keinerlei Regelungen über die Mangelhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, ihre Geltendmachung und ihre Rechtsfolgen enthält, besteht in Rechtsprechung[1] und Rechtslehre[2] Einigkeit, daß die aktienrechtlichen Vorschriften über die Nichtigkeit und Anfechtbarkeit mangelhafter Hauptversammlungsbeschlüsse (heute §§ 241ff. AktG) als Ausfluß allgemeiner Grundsätze des

---

1) Vgl. BGHZ 11, 231, (235); 14, 25, (3o); 14, 264, (268); 15, 382, (384f.); 36, 2o7, (21of.); 51, 2o9, (21o) = Die AG 1969, 388 = NJW 1969, 841, (842) = LM, Nr. 13 zu § 47 GmbHG; BGH, WM 1966, 614 = GmbH-Rdsch. 1966, 189 = NJW 1966, 1458 = LM, Nr. 8 zu § 47 GmbHG = BB 1966, 636 = MDR 1966, 655.

2) Allgemeine Meinung; hier nur: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 2; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 42; Lehmann, S. 9o; Däubler, S. 4f.; vgl. auch die §§ 191-2o6 RegE GmbHG über die Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die weitgehend an die aktienrechtlichen Vorschriften angelehnt sind.
Streitig ist dagegen, ob diese Vorschriften auch auf mangelhafte Beschlüsse anderer Organe (z.B. des Aufsichtsrats, eines Gesellschafterausschusses usw.) anzuwenden sind, denen dispositive Befugnisse der Gesellschaftergesamtheit (etwa die Geschäftsführerabberufung) übertragen wurden; bejahend: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 224ff. (nur soweit es sich um die Übertragung typischer Gesellschafterkompetenzen handelt); Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 15; Handbuch-Eder, Rz. I. 469.1; Däubler, S. 5 Fn. 8; BGHZ 43, 261, (265) = BB 1965, 516 = GmbH-Rdsch. 1965, 111, (112) = MDR 1965, 555, (556) = NJW 1965, 1378; verneinend: Zöllner, Schranken, S. 9 Fn. 25; Harde, S. 241f.

Kapitalgesellschaftsrechts sinngemäß auch auf mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH anzuwenden sind[3].

2. Die mangelhafte Stimmabgabe

Bei Beschlußfassungen kommt es oft vor, daß nicht der Beschluß im Ganzen, sondern nur eine Stimmabgabe mit Mängeln behaftet ist. Im folgenden wenden wir uns der Frage zu, in welchen Fällen eine Stimmabgabe mangelhaft sein kann und welche Rechtsfolgen diese Mängel auslösen.

Ihrer Rechtsnatur nach wird die Stimmabgabe heute nahezu einhellig als Willenserklärung bezeichnet[4]. Infolgedessen finden auf sie zunächst die Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB Anwendung[5]. Als mögliche Folgen etwaiger Mängel kommen hier die Nichtigkeit (nichtig ist z.B. die Stimmabgabe eines Geschäftsunfähigen, § 1o5 BGB), die Anfechtbarkeit (anfechtbar ist etwa die unter dem Einfluß von Drohung oder Täuschung abgegebene Einzelstimme, § 123 Abs. 1 BGB) und die Unwirksamkeit (schwebend unwirksam ist z.B. die Stimmabgabe des ohne Vollmacht für einen Gesellschafter abstimmenden Dritten; endgültig unwirksam wird diese Stimmabgabe nach der Verweigerung der Genehmigung von seiten des Vertretenen) in Betracht.

Die Mangelhaftigkeit einer Stimmabgabe kann aber nicht nur den Vorschriften des Allgemeinen Teils des BGB entspringen, sondern auch noch aus anderen Gründen, insb. wegen Überschreitung der starren bzw. beweglichen Stimmrechtsschranken[6] gegeben sein.

---

3) Neben der Nichtigkeit und der Anfechtbarkeit kommt auch die Unwirksamkeit als mögliche Rechtsfolge der Mangelhaftigkeit eines Gesellschafterbeschlusses in Betracht, obwohl sie weder im AktG noch im GmbHG besonders geregelt ist.

4) S. oben S. 61 Fn. 38.

5) Vgl. statt aller: Himmelsbach, S. 34ff.; Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 1off.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 69.

6) Zur Einteilung der Stimmrechtsschranken vgl. Zöllner, Schranken, S. 97ff.

So führt etwa ein Verstoß gegen die Stimmrechtsausschlußvorschriften zur Nichtigkeit der Stimmabgabe[7]. Stimmt also der Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beschlußfassung über seine Abberufung aus wichtigem Grunde mit, ist seine Stimmabgabe nichtig.

Eine Stimmabgabe kann auch wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig sein[8]. Das ist u.a. dann der Fall, wenn sich aus Inhalt, Motiv und Zweck der Stimmrechtsausübung ergibt, daß ein Gesellschafter durch seine Stimmabgabe beabsichtigt, der Gesellschaft oder anderen Mitgesellschaftern in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise Schaden zuzufügen oder wenn diese Schadenszufügung von der Mehrheit durch gröblichen Mißbrauch ihrer Macht durchgesetzt wird. Daß auch bei der Beschlußfassung über die Geschäftsführerabberufung Stimmabgaben in diesem Sinne sittenwidrig sein können, ist leicht vorstellbar und braucht hier nicht näher erläutert zu werden.

Nichtig ist ferner eine Stimmabgabe, die gegen die Generalklausel des § 243 Abs. 2 AktG verstößt, die von der Rechtsprechung aus dem Gebot der guten Sitten entwickelt worden ist. Nach § 243 Abs. 2 AktG, der auch auf die GmbH anzuwenden ist, kann die Anfechtung eines Hauptversammlungsbeschlusses auch darauf gestützt werden, daß ein Aktionär mit der Ausübung des Stimmrechts für sich oder einen Dritten Sondervorteile zum Schaden der Gesellschaft zu erlangen suchte und der Beschluß geeignet ist, diesem Zweck zu dienen. Als Sondervorteil ist u.a. auch die Verbesserung der gesellschaftsrechtlichen Stellung des GmbH-Gesellschafters ( und infolgedessen auch die Erlangung eines Geschäftsführerpostens[9]) anzusehen. Wird ein amtierender Gesellschafter-Geschäftsführer nur abberufen, damit vom

---

7) Vgl. Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 47 Rdn. 81; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 151; Zöllner, aaO., S. 364.

8) Vgl. Himmelsbach, S. 12off.; Zöllner, aaO., S. 364f. Zur Bindung der Stimmrechtsausübung an die guten Sitten vgl. Zöllner, aaO., S. 288ff.

9) Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 215 und § 251 Anm. 8f., bezüglich der Bestellung eines Aktionärs zum Aufsichtsratsmitglied bzw. zum Vorstandsmitglied.

Mehrheitsgesellschafter durch Besetzung seines Postens etwa unerlaubte Konkurrenzgeschäfte effektiver betrieben werden können, ist jede Stimmabgabe für den Abberufungsantrag nichtig[1o].

Nichtig ist auch die treuwidrige, d.h. die gegen den Grundsatz von Treu und Glauben und die gesellschaftliche Treupflicht verstoßende Stimmabgabe. Auch die Stimmrechtsausübung bei der GmbH ist an Treu und Glauben gebunden. Von den verschiedenen Anwendungsfällen des § 242 BGB kommt hier nur die unzulässige Rechtsausübung in Betracht. So kann etwa das Abberufungsrecht aus wichtigem Grunde, wie auch jedes Gestaltungsrecht verwirkt sein. Die Verwirkung, die einen Unterfall der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen früheren Verhaltens darstellt, tritt dann ein, "wenn die Geltendmachung eines Rechts längere Zeit hindurch unter solchen Umständen unterlassen worden ist, die bei unparteiischer Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen die jetzige Geltendmachung als unzulässig erscheinen lassen".[11] Das Abberufungsrecht aus wichtigem Grunde kann also dann verwirkt werden, wenn trotz des Vorliegens eines wichtigen Abberufungsgrundes die Gesellschaft den Geschäftsführer nicht unverzüglich abberuft, sondern dessen weitere Geschäftsführung duldet[12]; eine eventuell verspätete Ausübung des Abberufungsrechts aus wichtigem Grunde stellt sich als unzulässige Rechtsausübung dar. Von den übrigen Fallgruppen, die sich bei der Anwendung des Verbots der unzulässigen Rechtsausübung herausgebildet haben, kommt

---

1o) Anders ist jedoch bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zur Abberufung des amtierenden Gesellschafter-Geschäftsführers zu entscheiden. Da die Abberufung in diesem Falle im Interesse der Gesellschaft geboten ist, kann eine Stimmabgabe nicht wegen Verstoßes gegen § 243 Abs. 2 AktG nichtig sein, selbst wenn die Voraussetzungen des Erstrebens eines Sondervorteils (d.h. der Besetzung des Geschäftsführerpostens) und der Schädigung der Gesellschaft oder anderer Gesellschafter gegeben sind. In einem solchen Falle kann erst eine Stimmabgabe bei der nachfolgenden Beschlußfassung über die Geschäftsführerbestellung nichtig sein.

11) Vgl. Siebert, S. 173.

12) S. auch: Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 58; Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 18; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 3B; Harde, S. 117f.

auch die Unzulässigkeit der Ausübung solcher Rechte in Betracht, die durch unredliches (gesetz-, sitten- oder vertragswidriges) Verhalten erworben worden sind. Versuchen etwa die Gesellschafter, sich eines Gesellschafter-Geschäftsführers in sittenwidriger Weise dadurch zu entledigen, daß sie Maßnahmen treffen, die die Verwirklichung seines Geschäftsführungssonderrechts hindern bzw. die Aushöhlung seiner Geschäftsführerstellung herbeiführen sollen, können sich die Gesellschafter nicht auf das so entstandene Zerwürfnis innerhalb der Gesellschaft berufen und die Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde demzufolge nicht aussprechen[13]. Einem solchen Vorgehen steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen. In diesen Fällen des Verstoßes gegen Treu und Glauben sind die für den Antrag auf Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers abgegebenen Einzelstimmen als nichtig anzusehen.

Aus den - oben[14] erwähnten - Rechtsbeziehungen bei der GmbH, die nicht nur zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft, sondern auch zwischen den Gesellschaftern untereinander anzunehmen sind, ergibt sich weiter eine gesteigerte, über den Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) hinausgehende Treupflicht, die jeden Gesellschafter verpflichtet, das Gesellschaftsinteresse zu wahren und zu fördern sowie Rücksicht auf die berechtigten Interessen seiner Mitgesellschafter zu nehmen[15].

Besondere Bedeutung kommt der Treupflicht bei der Stimmrechtsausübung zu[16], denn der Gesellschafter besitzt hier

---

13) Vgl. auch RGZ 17o, 358, (373).
14) S. oben S. 9 Fn. 17.
15) Allgemeine Auffassung; hier nur: Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 14 Rdn. 23; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 36; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 75.
16) Zur Bindung der Stimmrechtsausübung durch die Treupflicht vgl. statt aller Zöllner, Schranken, S. 335ff.

eine weitgehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Interessen der Gesellschaft und seiner Mitgesellschafter. Durch die Treupflicht, d.h. die Pflicht zur Rücksichtsnahme auf die Belange der Gesellschaft und die berechtigten Interessen der Mitgesellschafter wird eine wichtige immanente Bindung des sich aus der Natur der Sache ergebenden weiten Ermessens des Stimmrechtsinhabers erreicht. Inwieweit dieser bei der Stimmrechtsausübung dem Gesellschaftsinteresse jedoch den Vorrang zu geben und seine eigenen Interessen zurückzustellen hat (m.a.W. die Intensität der Rücksichtspflicht), hängt vom einzelnen Falle ab und erfordert eine Abwägung der in Betracht kommenden Interessen. Einen brauchbaren Maßstab für diese Interessenabwägung gibt die Nähe der konkreten Beschlußangelegenheit zur Verfolgung des Gesellschaftszwecks: Je näher die zu entscheidende Angelegenheit zur unmittelbaren Zweckverfolgung steht, desto stärker ist die Rücksichtspflicht auf das Gesellschaftsinteresse[17]. Bei Beschlußangelegenheiten, die die Besetzung der Organstellen (insb. Geschäftsführerbestellung und -abberufung) betreffen, ist eine große Nähe zur Zweckverfolgung anzunehmen, weil die Zweckverwirklichung weitgehend von der Qualifikation der Geschäftsführer abhängt[18]. Bei der Beschlußfassung über die Geschäftsführerabberufung gebührt deshalb dem Gesellschaftsinteresse der Vorrang. Gibt es einen wichtigen Grund für die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers, stellt sich seine Abberufung als dringend gebotene Sanktion dar[19], so daß jede gegen den Abberufungsantrag abgegebene Einzelstimme gegen die vom

---

17) Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 193; ders., Schranken, S. 344ff.; ihm folgend Immenga, S. 269; Borrmann, S. 1oof.; Rücker, S. 36f. Vgl. auch Lutter, S. 115f., der aber statt von der heute üblich gewordenen Bezeichnung "gesellschaftliche Treupflicht" von "mitgliedschaftlichen Förder- und Loyalitätspflichten" spricht.

18) Zöllner, aaO., S. 346f.; Borrmann, S. 1o1.

19) Zöllner, aaO.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 75.

Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft geschuldete Treupflicht verstieße und, da treuwidrig, nichtig wäre[20].

Die zur Treupflicht gehörende Pflicht zur Rücksichtnahme auf die berechtigten Interessen der Mitgesellschafter bedeutet, daß jeder Gesellschafter die rechtliche und tatsächliche Stellung seiner Mitgesellschafter zu beachten und alles zu unterlassen hat, was diese Stellung unbilligerweise verschlechtern würde. In Betracht kommt zunächst die Rücksichtnahme auf die mitgliedschaftlichen Interessen der Mitgesellschafter[21]. Eine Beeinträchtigung dieser Interessen (z.B. die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers), ist nur dann gerechtfertigt, wenn sie eindeutig im Gesellschaftsinteresse liegt. Grundsätzlich ist aber davon auszugehen, daß die nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zulässige Beeinträchtigung des Geschäftsführungssonderrechts eines Gesellschafters im Interesse der Gesellschaft bei Vorliegen eines solchen Grundes dringend geboten ist, so daß eine für den Abberufungsantrag abgegebene Einzelstimme nicht als treuwidrig bezeichnet werden kann[22].

Fraglich ist, ob über die echten mitgliedschaftlichen Interessen hinaus auch andere Interessen der Mitgesellschafter, etwa das persönliche Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers an der Erhaltung seines Aufgabenbereichs[23] oder sein privates wirtschaftliches Interesse[24],

---

20) Eine gegen die Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde gerichtete Einzelstimme ist nur dann treuwidrig, wenn sich aus dem Wesen des Abberufungsgrundes mit Sicherheit ergibt, daß durch das weitere Verbleiben des Geschäftsführers die Gesellschaftsinteressen geschädigt werden; vgl. Zöllner, aaO.; ihm folgend Scholz-Karsten Schmidt, aaO.

21) Zöllner, aaO., S. 349ff.; ders. in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 195ff. Vgl. dazu auch Lutter, S. 12off., insb. S. 123f.

22) Daß im Falle der Unabweisbarkeit eines solchen weitgehenden Eingriffs die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit anzuwenden sind, ist schon oben S. 29f. dargelegt worden.

23) Dazu s. Borrmann, S. 1o7ff.

24) Zur Rücksichtspflicht auf die privaten Interessen von Mitgesellschaftern im allgemeinen vgl. Zöllner, Schranken, S. 341, 349; vgl. ferner Lutter, S. 128f.

zu berücksichtigen sind. Diese Frage ist nur insoweit zu bejahen, als es sich um eine von einem außerordentlich starken gegenseitigen persönlichen Vertrauensverhältnis[25] gekennzeichnete Arbeits- und Tätigkeitsgemeinschaft handelt, bei der viele oder alle Gesellschafter als Geschäftsführer tätig sind und aktiv einen Teilbereich der Gesellschaft formen. Unter diesen besonderen Verhältnissen verstoßen Handlungen (z.B. die Geschäftsführerabberufung), die rücksichtslos in solche Interessen der Mitgesellschafter eingreifen und die die Gefahr der Zerstörung dieses starken Vertrauensverhältnisses mit sich bringen, gegen die Treupflicht gegenüber der Gesellschaft, deren Gedeihen weitgehend von der Erhaltung dieses Vertrauensverhältnisses zwischen den Gesellschaftern abhängt. Ist etwa ein gedeihliches Zusammenwirken der Gesellschafter-Geschäftsführer wegen eines schweren Zerwürfnisses unmöglich geworden, liegt in der Person eines jeden von ihnen ein wichtiger Abberufungsgrund vor[26]. Falls eindeutig feststeht, wer der Schuldige oder zumindest der Hauptschuldige ist und die Gesellschaft nicht diesen, sondern einen anderen abberuft, kann dies einen Verstoß gegen die Treupflicht darstellen[27]. In den Fällen der Zerstörung der Vertrauensbasis zwischen den Gesellschaftern ist jede für den Antrag auf Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers abgegebene Einzelstimme treuwidrig und demzufolge nichtig[28].

---

25) Zum Vertrauensverhältnis bei der personalistischen GmbH vgl. Zöllner, aaO., S. 354.

26) Vgl. den Sachverhalt im Urteil RG, LZ 1909, Sp. 75ff.

27) Vgl. auch Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 32.

28) Für sich aus der Treupflicht ergebende Fälle positiver Stimmpflicht vgl. Zöllner, aaO., S. 353ff.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 26ff.
Für Schadensersatzansprüche aus treuwidriger Stimmrechtsausübung vgl. Zöllner, aaO., S. 424ff., insb. S. 431f.; Scholz-Winter, 6. Aufl., § 14 Anm. 40; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 30.
Die Beantwortung der außerordentlich umstrittenen Frage, wie sich mangelhafte Stimmabgaben auf den Beschluß im Ganzen auswirken, hängt weitgehend davon ab, ob eine Ergebnisfeststellung und -verkündung stattgefunden hat oder nicht. Ist bei der Beschlußfassung über die Geschäftsführerabberufung eine Stimmabgabe ungültig und berufen sich die meisten Gesellschafter gleichwohl auf das Beschlußergebnis, das unter Hinzurechnung dieser ungültigen Stimmabgabe gebildet wurde, wirkt sich die Ungültigkeit

3. Der unwirksame Abberufungsbeschluß

Ein Gesellschafterbeschluß ist unwirksam, wenn nach dem Gesetz oder nach der Satzung noch ein weiteres Erfordernis hinzutreten muß, damit er die intendierten rechtlichen Wirkungen entfalten kann[29]. Ein solches weiteres Erfordernis ist u.a. die Zustimmung des Betroffenen bei der Beeinträchtigung von Sonderrechten nach § 35 BGB. Übt ein Gesellschafter-Geschäftsführer sein Amt aufgrund eines Geschäftsführungssonderrechts aus und wird er ohne Vorliegen eines wichtigen Grundes abberufen, bedarf diese Sonderrechtsbeeinträchtigung seiner Zustimmung[30]. Fehlt die Zustimmung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers, ist der Beschluß (zunächst schwebend) unwirksam[31]. Die Gesellschaft

---

dieser Stimmabgabe unmittelbar auf das Beschlußergebnis aus, falls die ungültige Stimmabgabe ausschlaggebend für die Mehrheitsbildung war und eine förmliche Ergebnisfeststellung und -verkündung nicht stattgefunden hatte. Das Beschlußergebnis im Sinne der Annahme oder Ablehnung des Beschlußantrags kehrt sich um. Jeder Gesellschafter kann sich zu jeder Zeit und auf jegliche Weise auf das wahre Beschlußergebnis berufen. Er kann auch eine Klage auf Feststellung des richtigen Beschlußergebnisses nach § 256 ZPO erheben. Vgl. namentlich Zöllner, Schranken, S. 359ff.; ferner Baltzer, Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel, S. 162ff.
Anders wirkt sich auf den Beschluß jedoch die Berücksichtigung einer - für die Mehrheitsbildung ausschlaggebenden - ungültigen Stimmabgabe aus, falls eine Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung erfolgt ist, was in Ausnahmefällen auch bei Beschlußfassungen innerhalb einer personalistischen GmbH vorkommen kann. Wie bereits oben S. 57f. dargelegt, ist in einem solchen Falle die Beschlußfeststellung und -verkündung aus Rechtssicherheitsgründen als maßgeblich für das Beschlußergebnis anzusehen. Ist das festgestellte und verkündete Beschlußergebnis unrichtig, etwa weil eine ungültige Einzelstimme mitgezählt wurde, liegt in diesen Fällen ein zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führender Verfahrensverstoß vor. S. auch unten S. 83f.

29) Vgl. Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 17; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 44; A. Hueck, Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse, S. 402; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 Anm. 1B; Handbuch-Eder, Rz. I. 472; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 8.

30) Zur Entbehrlichkeit dieses Zustimmungserfordernisses bei Vorliegen eines wichtigen Grundes s. S. 28f.

31) Vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 49; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 122; Fleck, Das Dienstverhältnis 1968, S. 11; ders., Abberufung, S. 223; Harde, S. 209f.; Scholz-Fischer[10], § 38 Anm. 7; BGH, WM 1962, 201 = GmbH-Rdsch. 1962, 212, (213).

kann den Sonderberechtigten auffordern, seine Zustimmung zu erteilen, während sie ihm auch eine angemessene Entscheidungsfrist setzen kann. Verweigert der sonderberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer daraufhin seine Zustimmung oder steht von vornherein fest, daß er die Zustimmung verweigern wird, wird der Gesellschafterbeschluß endgültig unwirksam. Der Verweigerung muß man den Fall gleichstellen, daß der abzuberufende Sonderberechtigte in der Gesellschafterversammlung sofort gegen den Beschlußantrag stimmt[32]. Erteilt er dagegen seine Zustimmung, wird der Abberufungsbeschluß voll wirksam, ohne daß es eines erneuten Abberufungsbeschlusses bedürfte.

4. Der nichtige Abberufungsbeschluß

Nichtig ist der Gesellschafterbeschluß, der von Anfang an die intendierten rechtlichen Wirkungen wegen schwerer Rechtsverstöße nicht entfalten kann. Wann ein Gesellschafterbeschluß (und demgemäß auch der Abberufungsbeschluß) nichtig ist, wird vom sinngemäß auf Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH anzuwendenden § 241 AktG bestimmt. Im folgenden werden kurz die Einzelfälle von nichtigen Beschlüssen erwähnt.

a) Einberufungsmängel[33]

Nach § 241 Nr. 1 AktG ist ein Hauptversammlungsbeschluß nichtig, wenn er in einer Hauptversammlung gefaßt worden ist, die nicht nach § 121 Abs. 2 und 3 AktG einberufen wurde, es sei denn, daß alle teilnahmeberechtigten Aktionäre erschienen oder wirksam vertreten waren (Vorliegen einer sog. Voll- oder Universalversammlung). Diese förmliche

---

32) Daß der Gesellschafter-Geschäftsführer bei der Beschlußfassung über seine Abberufung ohne wichtigen Grund stimmberechtigt ist, wurde bereits oben, S. 53, ausgeführt.

33) Statt vieler s.: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 21ff.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 52f., § 49 Anm. 9, § 51 Anm. 18ff.; A. Hueck, aaO., S. 406ff. Dort wird auch die Frage erörtert, inwieweit Mängel des schriftlichen Abstimmungsverfahrens zur Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses führen.

Bestimmung ist insoweit auf die GmbH anzuwenden, als auch hier die Mißachtung derjenigen Mindesterfordernisse, die jedem Gesellschafter die Teilnahme an der Gesellschafterversammlung gewährleisten, als schwerer Rechtsverstoß qualifiziert wird und infolgedessen die Nichtigkeit hervorruft. Ist also eine Versammlung gar nicht einberufen worden oder wurde ihre Einberufung ordnungsgemäß zurückgenommen, ist sie von einem Unbefugten einberufen worden, ist die Einladung zur Gesellschafterversammlung nicht gegenüber allen Gesellschaftern, die der GmbH durch Teilnahme am Gründungsvorgang bekannt sind oder nach § 16 angemeldet wurden, erfolgt[34] oder sind Ort und Zeit der Gesellschafterversammlung gar nicht oder unrichtig angegeben, so führen alle diese Verstöße zur Nichtigkeit der gefaßten Beschlüsse.

b) Beurkundungsmängel[35]

Nach § 241 Nr. 2 AktG ist ein Beschluß nichtig, wenn die vom Gesetz zwingend vorgeschriebene Beurkundung fehlt. Da das GmbHG nur für satzungsändernde Gesellschafterbeschlüsse eine besondere Form vorschreibt (§ 53 Abs. 2), ist diese Vorschrift nur in diesem Fall analog anwendbar.

Die Nichtigkeit eines Abberufungsbeschlusses wegen Beurkundungsmängel kommt nicht in Betracht, denn ein Abberufungsbeschluß ist kein satzungsändernder Beschluß und bedarf indolgedessen keiner Beurkundung. Es ließe sich zwar daran denken, daß es sich bei der Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers um einen beurkundungsbedürftigen satzungsändernden Gesellschafterbeschluß handelt. Wie aber oben[36] dargelegt wurde, ist zwischen der bloßen Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers und der völligen Entziehung

---

34) Wie oben S. 56 dargelegt, sind auch die vom Stimmrecht ausgeschlossenen Gesellschafter und infolgedessen auch der aus wichtigem Grunde abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer teilnahmeberechtigt.

35) Vgl. dazu: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 36f.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 54; A. Hueck, aaO., S. 4o9ff.; Lehmann, S. 92f.; Däubler, S. 6.

36) S. oben S. 5of.

seines Sonderrechts streng zu unterscheiden. Nur der Beschluß, der auf die völlige Entziehung des Sonderrechts abzielt, ist ein satzungsändernder Beschluß. Ebensowenig ist der Beschluß satzungsändernd, durch den ein in der Satzung bestellter Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen wird. Die Geschäftsführerbestellung, die in der Regel zwar bei Errichtung der Satzung in dieser geregelt wird, jedoch materiell nicht zu ihr gehört, bildet in diesem Regelfall keinen echten Satzungsbestandteil, dessen Beseitigung den Satzungsänderungserfordernissen unterliegen würde[37].

c) Wesentliche Inhaltsverstöße[38]

Nach § 241 Nr. 3 AktG tritt Nichtigkeit des Beschlusses ein, wenn dieser mit dem Wesen der AG nicht zu vereinbaren ist oder durch seinen Inhalt[39] Vorschriften verletzt, die ausschließlich oder überwiegend zum Schutze der Gläubiger der Gesellschaft oder sonst im öffentlichen Interesse gegeben sind. Auch diese Vorschrift ist sinngemäß auf die GmbH anzuwenden.

Angesichts der Tatsache, daß das GmbHG ein Abberufungsrecht vorschreibt, ist Unvereinbarkeit des Abberufungsbeschlusses mit dem Wesen der GmbH kaum vorstellbar. Nicht denkbar ist außerdem, daß der Abberufungsbeschluß durch seinen Inhalt gegen Gläubigerschutzbestimmungen verstößt. Es wird auch selten vorkommen, daß er Vorschriften verletzt, die im öffentlichen Interesse gegeben sind. Ein solcher Fall würde etwa vorliegen, wenn der Abberufungsbeschluß undurchführbar

---

37) Vgl. auch S. 22 Fn. 37.

38) Vgl. dazu: Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 38ff.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 55; vgl. auch Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 96ff.

39) Dabei kommt nicht nur der Inhalt des Beschlusses "ganz für sich allein genommen" in Betracht; vielmehr ist auf seinen sich aus den Gesamtumständen ergebenden Sinngehalt abzustellen: Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 1oof.; Scholz-Karsten Schmidt, aaO.

widersprüchlich oder wegen Unklarheit sachlich undurchführbar wäre[40].

d) Sittenverstoß[41]

Sinngemäß anwendbar auf die GmbH ist des weiteren § 241 Nr. 4 AktG, wonach ein Beschluß dann nichtig ist, wenn er durch seinen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt. Ausgehend von der Notwendigkeit des Schutzes dritter, nicht anfechtungsberechtigter Personen (insb. der Gläubiger) interpretieren die Rechtsprechung und der überwiegende Teil des Schrifttums den Begriff des Beschlußinhalts unterschiedlich, je nachdem, ob die geschädigte Person anfechtungsberechtigt ist oder nicht. Ist die geschädigte Person nicht anfechtungsberechtigt (wie etwa der abberufene Fremdgeschäftsführer), ist auf den gesamten Sinngehalt des Beschlusses

---

40) Ist die Abberufungszuständigkeit statutarisch einer anderen Stelle übertragen worden und fassen die Gesellschafter gleichwohl einen Beschluß, durch den der Gesellschafter-Geschäftsführer ohne wichtigen Grund abberufen wird, stellt sich die Frage, ob dieser Beschluß nach § 241 Nr. 3 AktG nichtig ist. Diese Frage ist m.E. zu verneinen. Ein solcher Beschluß ist mit dem Wesen der GmbH nicht unvereinbar, denn nach § 46 Nr. 5 ist die Geschäftsführerabberufung grundsätzlich Aufgabe der Gesellschafterversammlung. Außerdem verstößt ein solcher Beschluß nicht gegen Gläubigerschutzbestimmungen oder Vorschriften, die im öffentlichen Interesse gegeben sind, denn als im öffentlichen Interesse gegebene Rechtsnormen kommen Satzungsregelungen (u.a. über Zuständigkeitsübertragung) nicht in Betracht. Dieser Beschluß ist als wirkungslos und völlig unbeachtlich zu bewerten (s. auch Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 19. Vgl. aber Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 117). Anders ist dagegen zu entscheiden, wenn die Gesellschafterversammlung sich über die statutarische Zuständigkeitsregelung hinwegsetzt und den Gesellschafter-Geschäftsführer aus wichtigem Grunde abberuft. Da beim Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes eine verdrängende Kompetenzverlagerung unzulässig ist, sind hier die Gesellschafter immer in der Lage, selbst einzugreifen und die Abberufung zu beschließen (s. dazu S. 44f.); ihr Beschluß ist keineswegs wirkungslos, sondern grundsätzlich rechtmäßig.

41) Vgl. Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 46ff.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 56. Vgl. auch Zöllner, Schranken, S. 379ff.; ders. in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 124ff.

(u.a. auch auf den Beschlußzweck) abzustellen[42]. Ist dagegen die geschädigte Person anfechtungsberechtigt (wie etwa der abberufene Gesellschafter-Geschäftsführer) kommt nur der Inhalt des Beschlusses "ganz für sich allein genommen" in Betracht[43].

Daß der Beschluß, durch den der Gesellschafter-Geschäftsführer abberufen wird, durch seinen "ganz für sich allein genommenen" Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist schwer vorstellbar. Denkbar ist aber, daß bei der diesbezüglichen Beschlußfassung einige - für die Mehrheitsbildung ausschlaggebende - Stimmabgaben sittenwidrig sind[44]. Aufgrund dieser Mangelhaftigkeit wird der Abberufungsbeschluß entweder anfechtbar[45] oder es findet eine Umkehrung des Beschlußergebnisses statt[46], so daß gegebenenfalls statt der Bejahung des Abberufungsantrags seine Verneinung anzunehmen ist, was sich praktisch von der Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses im Ganzen wegen Sittenverstoßes nicht wesentlich unterscheidet.

---

42) Vgl. Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 48; RGZ 161, 129, (144f.); 166, 129, (132f.); BGHZ 15, 382, (385f.) = NJW 1955, 221, (222) = JZ 1955, 2o8f. mit zust. Anm. von A. Hueck; BGHZ 24, 119, (123).
Wird die Schädigung eines Dritten durch die bloße Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen herbeigeführt, ist nicht Nichtigkeit, sondern lediglich Anfechtbarkeit anzunehmen: Vgl. Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 47; Scholz-Karsten Schmidt, aaO. Für den Fall, daß treuhänderische Anteilsbesitzer, in deren Hand sich sämtliche GmbH-Anteile befinden, ihren Treugeber durch Beschluß als Geschäftsführer abberufen, s. BGH, WM 1962, 419 = BB 1962, 385f. = MDR 1963, 374 = LM, Nr. 5 zu § 47 GmbHG; vgl. ferner BGH, WM 1966, 614 = GmbH-Rdsch. 1966, 189, (19o) = NJW 1966, 1458, (1459) = LM, Nr. 8 zu § 47 GmbHG = BB 1966, 636, (637) = MDR 1966, 655, (656).

43) So RGZ 166, aaO. Kritisch zu dieser je nach Schädigungsrichtung unterschiedlichen Interpretation Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 124; vgl. auch A. Hueck, Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse, S. 4o6 Fn. 14.

44) S. oben S. 69.

45) Das ist der Fall, wenn eine Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung unrichtig ist, weil die sittenwidrigen Stimmabgaben mitberücksichtigt worden sind. Vgl. dazu oben S. 74f. Fn. 28 und unten S. 83f.

46) Das ist der Fall, wenn zwar eine Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung nicht erfolgt ist, die meisten Gesellschafter sich jedoch auf das Beschlußergebnis berufen, das unter Mitzählung der sittenwidrigen Stimmabgaben gebildet wurde. S. dazu oben S. 74f. Fn. 28.

e) Nichtigkeit durch gerichtliche Verfahrensakte

Nach § 241 Nr. 5 AktG tritt Nichtigkeit eines Beschlusses dann ein, wenn dieser durch rechtskräftiges Anfechtungsurteil für nichtig erklärt worden ist. Daß auch diese Vorschrift auf Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH anzuwenden ist, ist unbestritten und braucht hier nicht näher dargelegt zu werden.

Auch § 241 Nr. 6 AktG, wonach ein Beschluß dann nichtig ist, wenn er nach § 144 Abs. 2 FGG aufgrund rechtskräftiger Entscheidung als nichtig gelöscht worden ist, ist auf die GmbH anzuwenden. § 144 Abs. 2 FGG besagt, daß ein in das Handelsregister eingetragener Beschluß der Gesellschafterversammlung vom Registerrichter von Amts wegen nach §§ 142, 143 FGG gelöscht werden kann, wenn dieser durch seinen Inhalt zwingende Vorschriften des Gesetzes verletzt oder seine Beseitigung im öffentlichen Interesse geboten erscheint. In Betracht kommt nur die Löschung solcher Beschlüsse, deren Wirksamkeit von der Eintragung in das Handelsregister abhängt (z.B. Satzungsänderung). Infolgedessen kommt Nichtigkeit eines Abberufungsbeschlusses nach § 241 Nr. 6 AktG nicht in Betracht[47], denn nach allgemeiner Auffassung[48] hat die nach § 39 stattfindende Eintragung der Veränderung des personellen Bestandes der Geschäftsführer (u.a. wegen des Ausscheidens eines Geschäftsführers infolge Abberufung) in das Handelsregister keine konstitutive Wirkung, sondern lediglich rechtsbezeugende Funktion

5. Der anfechtbare Abberufungsbeschluß

Weist ein Gesellschafterbeschluß bei der GmbH einen Verstoß gegen Gesetz oder Satzung auf, der nicht bereits unmittelbar zur Nichtigkeit führt, ist dieser Beschluß anfechtbar, d.h. er kann auf dem Wege einer Anfechtungsklage für nichtig erklärt werden (sinngemäße Anwendung des

---

47) Vgl. Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 51.
48) S. statt aller Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 39 Rdn. 19 m.w.N.; BGH, BB 1960, 880 = GmbH-Rdsch. 1960, 185.

§ 243 Abs. 1 AktG). Im folgenden werden einzelne Anfechtungsgründe beispielhaft aufgezählt.

a) Verfahrensverstöße[49)]

Zur Anfechtbarkeit führen zunächst Verstöße gegen gesetzliche oder statutarische Verfahrensbestimmungen. Einberufungsmängel, die nicht zur Nichtigkeit führen, können die Rechtsfolge der Anfechtbarkeit auslösen. In Betracht kommen des weiteren Verletzungen des Rechts auf Teilnahme an der Versammlung bzw. an der Abstimmung. Wird der abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer zur Gesellschafterversammlung nicht zugelassen bzw. wird ihm das Mitstimmen verweigert, indem zu Unrecht behauptet wird, es liege ein wichtiger Abberufungsgrund vor, ist ein dort gefaßter Abberufungsbeschluß anfechtbar. Ist die Gesellschafterversammlung beschlußunfähig, weil etwa das von der Satzung aufgestellte qualifizierte Beschlußfähigkeitserfordernis nicht vorliegt, ist ein gleichwohl gefaßter Beschluß anfechtbar. Angesichts der (nach der hier vertretenen Auffassung) Unzulässigkeit der Aufstellung qualifizierter Beschlußfähigkeitserfordernisse für den Fall der Abberufung aus wichtigem Grunde kommt eine Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses wegen Beschlußunfähigkeit nur für den Fall der grundlosen Geschäftsführerabberufung in Betracht. Die Anfechtbarkeit wird weiter durch das Nichtvorliegen oder durch die mangelhafte Durchführung der Ankündigung der Tagesordnung[5o)] sowie durch Verstöße in der Versammlungsleitung begründet. Auch auf Beeinträchtigungen

---

49) Vgl. dazu: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 69; Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 89. Vgl. auch Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 113ff.

5o) Nach § 51 Abs. 2 muß die Ankündigung der Tagesordnung den Zweck der Gesellschafterversammlung enthalten. Was die Geschäftsführerabberufung angeht, genügt die Ankündigung, daß ein bestimmter Geschäftsführer abberufen werden soll. Es braucht also weder mitgeteilt zu werden, daß die Abberufung aus wichtigem Grunde vorgenommen, noch auf welche Gründe die Maßnahme gestützt werden soll: BGH, WM 1962, 2o2, (2o4) = LM, Nr. 3 zu § 51 GmbHG = NJW 1962, 393, (394); vgl. auch Schönle-Ensslin, Abberufung 1968, S. 25f.

des Informationsrechts (Auskunfts- und Einsichtsrechts) kann die Anfechtbarkeit eines Gesellschafterbeschlusses gestützt werden. Anfechtbar ist ferner ein sittenwidriger Beschluß, bei dem die Sittenwidrigkeit in der Art und Weise des Zustandekommens (z.B. Mehrheitserschleichung) liegt[51].

IdR findet bei der personalistischen GmbH eine Ergebnisfeststellung und -verkündung durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung nicht statt. Erfolgt jedoch eine solche Ergebnisfeststellung und -verkündung und ist sie aus irgendeinem Grunde unrichtig, stellt dies einen zur Anfechtbarkeit des Beschlusses führenden Verfahrensverstoß dar. Will jemand den Mangel des Beschlusses, der durch diese Unrichtigkeit hervorgerufen wurde, geltend machen, kann er sich nicht auf das wahre Beschlußergebnis berufen, sondern ist auf die Erhebung einer Anfechtungsklage angewiesen[52]. Da jedoch der Anfechtungskläger an der Richtigstellung

---

51) Allgemeine Meinung: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 56; Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 47; Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 241 Anm. 124; RGZ 166, 129, (131); BGHZ 8, 348, (355f.); 15, 382, (385); BGH, WM 1967, 927, (929).

52) Vgl. Zöllner, Schranken, S. 359ff., insb. S. 363; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 48 Rdn. 16; Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 89; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 48 Anm. 53, § 45 Anm. 69.
Abweichend BGHZ 51, 209, (212) = Die AG 1969, 388, (389) = NJW 1969, 841 (842) = GmbH-Rdsch. 1970, 119ff. mit zust. Anm. von Hofmann = LM, Nr. 13 zu § 47 GmbHG mit zust. Anm. von Fleck. Nach dieser Entscheidung, die die Maßgeblichkeit einer durch den Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung erfolgten Ergebnisfeststellung und -verkündung bei gewöhnlichen, nicht satzungsändernden Beschlüssen verneint, ist die Klärung der Rechtslage, wenn durch den Fortfall einer zu Unrecht mitgezählten ungültigen Stimmabgabe die scheinbare Mehrheit zur Minderheit wird, nicht durch eine Anfechtungsklage, sondern auf andere Weise, insb. durch eine Feststellungsklage nach § 256 ZPO herbeizuführen.
Verfehlt ist auch die dort vertretene Auffassung, in einem solchen Falle fehle es an einem Gesellschafterbeschluß, weil das Vorhandensein einer Mehrheit Voraussetzung für eine Willensbildung sei. Richtig ist, daß beim Nichterreichen der erforderlichen Mehrheit ein den Beschlußantrag ablehnender, d.h. ein negativer Beschluß, zustandegekommen ist: Vgl. insb. Baltzer, Zur Anfechtung, passim.

des gefaßten Beschlusses interessiert ist, muß in diesem Falle die Verbindung einer zusätzlich zu erhebenden Klage auf Feststellung des in Wahrheit gefaßten Beschlusses mit der gegen den verkündeten Beschluß gerichteten Anfechtungsklage zugelassen werden[53]. Das ist auch für die Abberufung eines Geschäftsführers gegen den Willen der Mehrheit von besonderer Bedeutung.

b) Inhaltsverstöße[54]

Nicht nur Verfahrensverstöße, sondern auch inhaltliche Verstöße des Beschlusses können zur Anfechtbarkeit führen. In Betracht kommen zunächst Verstöße gegen gesetzliche Bestimmungen, wobei diesen Bestimmungen auch die Generalklauseln zuzurechnen sind. So ist etwa ein Beschluß anfechtbar, der gegen den - willkürliche, d.h. sachlich nicht gerechtfertigte Differenzierungen in der Behandlung der Mitglieder verbietenden - Gleichbehandlungsgrundsatz[55] verstößt. Dieser Grundsatz ist insbesondere bei Mehrheitsbeschlüssen zu beachten, die die Stellung der Gesellschafter in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht berühren[56] (z.B. bei dem Beschluß auf Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers). Wie bei der Bestellung, wo der Mehrheitsgesellschafter alle Geschäftsführerposten mit Personen seines Vertrauens besetzen kann, besteht gleichwohl auch in diesem Falle eine Verpflichtung zur Gleichbehandlung von Gesellschaftern grundsätzlich nicht[57]. Man muß jedoch Zöllner[58] zustimmen, der die Meinung vertritt, daß hier ein zur Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses führender

---

53) H.M.: Vgl. Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 248 Anm. 24ff.; ders., Schranken, S. 4o5ff. m.w.N. der entgegengesetzten Literatur; ders., Zur positiven Beschlußfeststellungsklage, passim; Schilling-Zutt in Hachenburg, Anh. § 47 Rdn. 152; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 117, § 48 Anm. 53; A. Hueck, Mangelhafte Gesellschafterbeschlüsse, S. 4o9f.; Handbuch-Eder, Rz. I. 477; Fichtner, S. 823; Rücker, S. 136; BGHZ 76, 191, (197ff.) = Die AG 198o, 187, (188f.) = BB 198o, 646, (647f.) = WM 198o, 459, (461f.) = DB 198o, 92o, (921f.).

54) Vgl. dazu Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 45 Anm. 7off.; Schilling-Zutt in Hachenburg, 7. Aufl., Anh. § 47 Rdn. 9o. Vgl. auch Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 139ff.

55) Dazu statt aller s. G. Hueck, passim.

56) S. G. Hueck, S. 3o7.

57) So auch Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 174f., bezüglich der Bestellung und Abberufung von Aufsichtsratsmitgliedern.

58) Zöllner in Kölner Kommentar zum AktG, § 243 Anm. 175.

Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz in einem etwas anderen Sinne in Betracht kommen kann, etwa wenn die Gesellschaft die Verpflichtung gegenüber ihren Organmitgliedern verletzt, willkürliche Differenzierungen in ihrer Behandlung zu unterlassen. Obwohl die Geschäftsführer keine Arbeitnehmer sind, besteht eine solche Verpflichtung der GmbH ihnen gegenüber. Differenzierungen bei der Geschäftsführerabberufung werden jedoch nur in Ausnahmefällen willkürlich sein. Wird etwa wegen Betriebseinschränkungen, die im Interesse der Gesellschaft dringend geboten sind, die Abberufung nur eines Geschäftsführers vorgenommen, kann von einer willkürlichen Differenzierung keine Rede sein. Sachlich gerechtfertigt ist die Geschäftsführerabberufung auch, wenn angesichts der bestehenden Unterschiede in der Qualifikation der Geschäftsführer derjenige abberufen wird, der am wenigsten tüchtig ist.

Zur Anfechtbarkeit führen ferner Inhaltsverstöße gegen gültige statutarische Bestimmungen. Enthält die Satzung eine ausdrückliche Beschränkung der freien Abberufbarkeit auf das Vorliegen wichtiger Gründe nach § 38 Abs. 2 und wird der nicht sonderberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführer gleichwohl ohne wichtigen Grund abberufen, kann dieser den Abberufungsbeschluß wegen Satzungsverstoßes anfechten[59].

---

59) Vgl. auch Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 5o; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 71; RGZ 44, 95, (98f.). Daß der Abberufungsbeschluß, durch den ein sonderberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer ohne seine Zustimmung grundlos abberufen wird, nicht anfechtbar, sondern unwirksam ist, wurde bereits oben S. 75f. dargelegt.
Nach der Rechtsprechung des BGH (WM 1966, 614, 615 = GmbH-Rdsch. 1966, 189, 19o; WM 1968, 135o, 1351 = DB 1968, 2166) berührt das Fehlen eines wichtigen Abberufungsgrundes nur die Wirksamkeit der Abberufungserklärung, nicht zugleich auch die Gültigkeit der Beschlußfassung. Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Ob und wann ein GmbH-Gesellschafterbeschluß gültig ist, beurteilt sich allein nach den §§ 241ff. AktG. Das Fehlen eines wichtigen Grundes stellt in der Tat einen inhaltlichen Satzungsverstoß dar, der die Anfechtbarkeit des gefaßten Beschlusses hervorruft und der (nur) von einem Gesellschafter durch die Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden kann. Die obengenannten Entscheidungen stützen sich außerdem auf BGH, WM 1962, 811, (812) = BB 1962, 816, der sich mit dem Widerruf der Bestellung eines Vorstandsmitglieds einer AG durch den Aufsichtsrat befaßt hat, auf dessen Beschlüsse aber die §§ 241ff. AktG keine Anwendung finden. Unabhängig davon ist die Frage, ob tatsächlich vom Fehlen eines wichtigen Abberufungsgrundes auch die Wirksamkeit der Abberufungserklärung betroffen wird. S. dazu unten S. 87ff.

Die Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses kann in diesem Fall auch auf einen Verfahrensverstoß, d.h. auf den ungerechtfertigten Ausschluß des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Stimmrecht gestützt werden. Inkonsequent ist es aber, wenn sich Baumbach-Hueck[60] in diesem Fall nur auf diesen Verstoß berufen, obwohl sie für den Ausschluß des Gesellschafter-Geschäftsführers vom Stimmrecht die bloße Behauptung eines wichtigen Abberufungsgrundes genügen lassen[61].

60) Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; ihnen folgend Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 22.

61) Die Darlegung weiterer Einzelheiten der Mangelhaftigkeit, insb. der Geltendmachung der Unwirksamkeit, Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses, würde sicherlich den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Deswegen wird hier auf die einschlägigen Ausführungen der Kommentare zum AktG bzw. zum GmbHG verwiesen. Erwähnt sei hier kurz der die Auswirkungen des Fehlens bzw. der Mangelhaftigkeit des - zugrunde liegenden, aber wie oben ausgeführt nur intern wirkenden - Abberufungsbeschlusses auf die Abberufungserklärung betreffende Fragenkreis. Beim Fehlen eines Abberufungsbeschlusses ist die Abberufungserklärung unwirksam und kann die Beendigung des Organverhältnisses nicht herbeiführen. Die Wirksamkeit der Abberufungserklärung wird aber auch dann berührt, wenn zwar ein Abberufungsbeschluß vorliegt, der aber Mängel aufweist, die seine Unwirksamkeit bzw. seine (anfängliche oder nach erfolgreicher Anfechtungsklage eingetretene) Nichtigkeit begründen.
Im Falle der bloßen Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses dagegen ist auch die Abberufungserklärung wirksam, solange der zugrunde liegende Beschluß nicht auf Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt worden ist. Vgl. auch Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 71 m.w.N.; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 11; Fleck, Abberufung, S. 224; Roth, § 38 Anm. 2.4.2. Abweichend für den Fall der Geschäftsführerabberufung ohne wichtigen Grund nach § 38 Abs. 1: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 39f., der ohne nähere Begründung zum einen die Abberufungserklärung trotz eventueller Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses solange als wirksam behandelt, bis die Unwirksamkeit festgestellt ist, zum anderen bei Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses die Möglichkeit seiner Anfechtung ablehnt und daraus die Wirksamkeit auch der Abberufungserklärung folgert. In Abberufung, S. 545 erklärt Uwe H. Schneider den im § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG enthaltenen Rechtsgedanken (vorläufige Wirksamkeit der Abberufung) auch dann für entsprechend anwendbar, wenn zwar ein Abberufungsbeschluß vorliegt, dieser aber nichtig ist und einen Fremdgeschäftsführer oder einen Minderheitsgesellschafter-Geschäftsführer betrifft.
Zur Frage ob das Ausgeführte auch dann gilt, wenn es sich um eine Abberufungserklärung handelt, die trotz satzungsmäßiger Beschränkung der freien Abberufbarkeit auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne wichtigen Grund erfolgt, s. unten S. 87ff.

II. Die Abberufungserklärung bei Fehlen eines satzungsmäßig vorgeschriebenen wichtigen Grundes

1. Die Rechtswirksamkeit der ungerechtfertigten Abberufungserklärung und die Regelung des Zwischenzustandes im Streitfalle

a) Unwirksamkeit bei Fehlen eines wichtigen Grundes

Ist die jederzeitige Abberufbarkeit satzungsmäßig (sei es ausdrücklich, sei es konkludent, d.h. durch die Annahme eines Geschäftsführungssonderrechts) auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt, darf die Gesellschaft die Geschäftsführerabberufung ohne wichtigen Grund nicht aussprechen. Das Fehlen eines wichtigen Grundes führt zunächst, wie oben dargelegt, zur Mangelhaftigkeit des Abberufungsbeschlusses. Handelt es sich um die Abberufung eines nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers, ist bloße Anfechtbarkeit des Abberufungsbeschlusses anzunehmen, während im Falle eines Gesellschafter-Geschäftsführers mit Geschäftsführungssonderrecht der Abberufungsbeschluß ohne die Zustimmung des Betroffenen unwirksam ist.

Darüber hinaus wird vom Fehlen des wichtigen Grundes auch die Wirksamkeit der - das Erlöschen der organschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers herbeiführenden - Abberufungserklärung der Gesellschaft beeinträchtigt. Der wichtige Grund stellt sich als eine Wirksamkeitsvoraussetzung der Abberufungserklärung der Gesellschaft dar. Liegt also kein wichtiger Abberufungsgrund vor, ist die Abberufungserklärung der Gesellschaft unwirksam[62]. Sie ist beim Fehlen eines wichtigen Grundes selbst

62) So auch (und zwar für die Abberufung auch eines Fremdgeschäftsführers): Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 41f.; Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 71; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 12; Roth, § 38 Anm. 2.4.2.; Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Fleck, Abberufung, S. 222f.; ders., Dienstverhältnis 1981, S. 1o; Harde, S. 85ff. m.w.N. der älteren entgegengesetzten Literatur; BGH, WM 1966, 614, (615) = GmbH-Rdsch. 1966, 189, (19o); BGH, DB 1968, 2166 = WM 1968, 135o, (1351). Vgl. auch KG, JW 1937, 549, (55o).

dann unwirksam, wenn der zugrundeliegende Abberufungsbeschluß wirksam ist, d.h. wenn innerhalb der Anfechtungsfrist keine Anfechtungsklage gegen die Gesellschaft erhoben worden ist. Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer kann in dem Fall, daß unstreitig kein wichtiger Grund vorliegt (und ein solcher von der Gesellschaft gar nicht behauptet wird, m.a.W. im Falle, daß seine Abberufung rechtswidrig auf § 38 Abs. 1 gestützt wird) sowie in dem Fall, daß er das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen bestreitet, eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abberufungserklärung der Gesellschaft und seiner fortdauernden organschaftlichen Rechtsstellung erheben. Selbstverständlich kann auch die Gesellschaft den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer auf Feststellung der Wirksamkeit der Abberufungserklärung verklagen, wenn er die ausgesprochene Abberufung nicht gegen sich gelten läßt[63].

b) Rechtslage bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung; die aktienrechtliche Regelung: ihr Zweck und der Umfang ihrer analogen Heranziehung

Im GmbHG ist jedoch keine Vorschrift enthalten, der zu entnehmen ist, wie die vorgenommene umstrittene Abberufung

---

Abweichend: Borrmann, S. 37ff.; Winkler, Lückenausfüllung, S. 42; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 121f.; ders., Rechtsquelle, S. 134; Lehmann, S. 56; Zöllner, Schranken, S. 238 Fn. 65. Bei den Ausführungen dieser Autoren, die sich größtenteils mit der Abberufung des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers befassen, tritt der - nach der hier vertretenen Auffassung zu bejahende - selbständige rechtsgeschäftliche Charakter der Abberufungserklärung nicht hervor. Infolgedessen wird lediglich die Anfechtbarkeit des zugrundeliegenden Abberufungsbeschlusses berücksichtigt und so wird auch die Wirksamkeit des Abberufungsaktes angenommen, solange der Beschluß nicht auf Anfechtungsklage hin für nichtig erklärt worden ist.

63) Auch für den Streit über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes kann statutarisch vereinbart werden, daß er vor einem Schiedsgericht auszutragen ist; vgl. auch: Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 18; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 1; Borrmann, S. 90 Fn. 1; Weidemann, S. 66; Vollmer, S. 11f.; LG Frankfurt a.M., NJW 1951, 719f. Nr. 16.

aus wichtigem Grunde bis zu einer rechtskräftigen Gerichtsentscheidung zu behandeln ist. Im AktG dagegen bestimmt § 84 Abs. 3 Satz 4, daß der Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied wirksam ist, bis seine Unwirksamkeit rechtskräftig festgestellt wird, während nach den §§ 117, 127 HGB die Wirksamkeit der Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis eines OHG-Gesellschafters von der Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung abhängt. Die Beantwortung der außerordentlich schwierigen Frage, ob zur Ausfüllung dieser planwidrigen Unvollständigkeit des GmbHG, dieser Gesetzeslücke, die aktienrechtliche[64] oder die personengesellschaftsrechtliche Regelung[65] herangezogen werden können, setzt die Klärung des Zwecks dieser Vorschriften und der vom Gesetzgeber vorgenommenen Interessenabwägung sowie einen Vergleich mit der Interessenlage bei der GmbH voraus. Bei diesem Vergleich darf auf keinen Fall der besondere Charakter der GmbH außer Betracht bleiben, der darin besteht, daß die GmbH die geeignete Rechtsform für gesellschaftliche Zusammenschlüsse kapitalistischer wie personalistischer Art darstellt. Aufgrund der vom GmbHG den Gesellschaftern eingeräumten weitgehenden Gestaltungsfreiheit können diese die Berücksichtigung ihrer eigenen unternehmerischen Ziele sowie ihrer wirtschaftlichen Interessen und Bedürfnisse erzielen.

---

64) Die uneingeschränkte Heranziehung der aktienrechtlichen Regelung befürworten: Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2B; Harde, S. 94 ff.; A. Hueck, Anm. zu LG Frankfurt a.M., NJW 1951, 719f. Nr. 16, ebenda; Dernbach, S. 1268; Scholz, Minderheitsgesellschafter, S. 38; OLG Braunschweig, GmbH-Rdsch. 1977, 61, (62). Im selben Sinne äußert sich auch Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 71. Vgl. auch die Erläuterungen zu § 183 Entwurf HGaE, S. 42. Grundsätzlich so auch: Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 11; RegE GmbHG, § 69 Abs. 4 Satz 1.
Bezüglich der Amtsniederlegung eines GmbH-Geschäftsführers vgl. BGHZ 78, 82, (92) = BB 1980, 1397, (1399) = DB 1980, 1980, (1981) = NJW 1980, 2415, (2417) = DNotZ 1981, 501, (506) = GmbH-Rdsch. 1980, 270, (272f.).

65) Für die uneingeschränkte Heranziehung der personengesellschaftsrechtlichen Regelung treten ein: Handbuch-Eder, Rz. I. 553; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 10; Peltzer, S. 1250; anscheinend auch Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 242f.

Die aktienrechtliche Regelung geht von der folgenden Interessenbewertung aus: Im Falle eines Streites über die Wirksamkeit des Widerrufs der Bestellung zum Vorstandsmitglied kann bis zur endgültigen Klärung der Angelegenheit beträchtliche Zeit vergehen. Aus der weiteren Betätigung des - gegebenenfalls grobe Pflichtwidrigkeiten begangen habenden - Vorstandsmitglieds innerhalb dieses Zwischenstadiums könnten der Gesellschaft erhebliche Gefahren erwachsen. Das Interesse des Vorstandsmitglieds an der Aufrechterhaltung seiner Position und an der Abwendung einer beruflichen Schädigung wird vom AktG dem Interesse der Gesellschaft an der Abwendung von möglichen Gefahren und an der Beendigung der Ungewißheit untergeordnet. Aus diesen Gründen trifft also das AktG im § 84 Abs. 3 Satz 4 eine klare Regelung, die die Interessen der Gesellschaft als vorrangig ansieht und zugleich den Eintritt eines unerfreulichen Schwebezustandes ausschließt. Der ausgesprochene Widerruf wird hier zunächst für wirksam erklärt, so daß das abberufene Vorstandsmitglied sich bis zu einer gegenteiligen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung jeder Tätigkeit für die Gesellschaft zu enthalten hat.

Es fragt sich nun, ob der in dieser Regelung enthaltene Rechtsgedanke auf die GmbH übertragen werden kann. M.E. ist eine solche Übernahme nur insoweit gerechtfertigt, als es sich um die umstrittene Abberufung des Fremdgeschäftsführers jedweder GmbH oder des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer kapitalistischen GmbH aus wichtigem Grunde handelt. Die kapitalistische GmbH ist eine Gesellschaftsform, die von dem an die Aktiengesellschaft angelehnten gesetzgeberischen Leitbild nicht abweicht und welche die Verwirklichung einer dauerhaften, idealistischen oder materialistischen Leitidee bezweckt[66]. Wie auch bei der - übrigens von dem Drittorganschaftsprinzip ausgehenden - AG stehen auch hier die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter und ihre eventuelle aktive

66) Reuter, Perpetuierung, S. 62.

Mitarbeit in der Geschäftsführung im Hintergrund. Insofern unterscheidet sich die Interessenlage von derjenigen der AG nicht, so daß auch hier dem Interesse der Gesellschaft an der Abwendung von möglichen Gefahren durch die vorläufige Enthebung des Geschäftsführers von seinen Amtsbefugnissen der Vorrang einzuräumen ist. Die umstrittene Abberufung aus wichtigem Grunde des Fremdgeschäftsführers einer GmbH oder des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer kapitalistischen GmbH ist also in entsprechender Anwendung des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG wirksam, solange nicht über ihre Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist.

c) Die Anwendbarkeit der aktienrechtlichen Regelung auf den Anstellungsvertrag

Zu beachten ist aber, daß die - von ihrer sachlichen Berechtigung unabhängige - vorläufige Wirksamkeit sich nur auf den Widerruf der Bestellung, nicht aber zugleich auf die Beendigung des zugrundeliegenden Anstellungsverhältnisses bezieht, die ihren eigenen Regeln folgt[67]. Dazu läßt sich folgendes sagen: Beim Anstellungsvertrag des Gesellschafter-Geschäftsführers einer kapitalistischen GmbH handelt es sich regelmäßig um einen Dienstvertrag mit Geschäftsbesorgungscharakter (§§ 611, 675 BGB). Die zwischen der Geschäftsführerbestellung, d.h. dem Akt, der die Berufung einer Person zur Organstellung enthält, und der Anstellung, durch die die schuldrechtlichen Beziehungen zwischen dem Gesellschafter-Geschäftsführer und der Gesellschaft geregelt werden, vorzunehmende Unterscheidung[68] ist auch bei Beendigung der so begründeten Rechtsverhältnisse

---

67) Einhellige Auffassung; hier nur: Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 57; Fleck, Dienstverhältnis 1968, S. 9f. S. auch § 84 Abs. 3 Satz 5 AktG und § 69 Abs. 4 Satz 2 RegE GmbHG.

68) Zu dieser Unterscheidung, die heute nahezu einhelliger Auffassung entspricht, vgl. statt aller: Mack, passim, mit umfangreichen Nachweisen der entgegengesetzten, sogenannten Monistischen Theorie; Plander, Bestellung, S. 198f., auch mit w.N. der entgegengesetzten Auffassung in Fn. 12.

maßgeblich. Da sich jedes der beiden Rechtsverhältnisse nach den jeweils in Betracht kommenden Rechtsvorschriften beurteilt, bedeutet die Geschäftsführerabberufung nicht notwendig gleichzeitig auch die Kündigung des Dienstvertrages[69]. Diese Kündigung tritt nämlich gleichzeitig mit der ausgesprochenen Abberufung nur dann ein, wenn in dem Abberufungsbeschluß auch ein wirksamer Beschluß über die fristgerechte oder außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages enthalten ist und wenn in der Abberufungserklärung auch die wirksame Erklärung dieses Beschlusses liegt. Ob dies der Fall ist, ist eine Auslegungsfrage. Bei der uns hier interessierenden Abberufungserklärung des Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grunde ist anzumerken, daß darin zwar vielfach, aber nicht notwendigerweise, auch die außerordentliche Kündigung seines Dienstvertrages (§ 626 BGB) liegt. Es ist durchaus denkbar, daß die Gesellschaft nur an der Beendigung des Organverhältnisses aus wichtigem Grunde, nicht aber auch an der Beendigung des Dienstverhältnisses mit dem Gesellschafter-Geschäftsführer interessiert war.

Wird aber von der Gesellschaft tatsächlich nicht nur die Abberufung aus wichtigem Grunde, sondern auch die außerordentliche Kündigung des Dienstvertrages des Gesellschafter-Geschäftsführers ausgesprochen, ist sie im Streitfalle nicht wie die Abberufungserklärung gemäß § 84 Abs. 3 Satz 4 als vorläufig wirksam zu behandeln, sondern ihre Wirksamkeit hängt allein von ihrer sachlichen Berechtigung ab. Zu

---

69) Nahezu einhellige Auffassung; vgl.: A. Hueck, Rechtsstellung, S. 276; Sudhoff, Rechte und Pflichten, S. 33; Miller, S. 724; Fleck, Dienstverhältnis 1968, aaO.; H.P. Westermann, Abberufung, S. 54; Scholz-Fischer[10], § 38 Anm. 9; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 10; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 35 Anm. 177, 190, § 38 Anm. 14; Feine, S. 475; Handbuch-Eder, Rz I. 555; Baumbach-Hueck, Anh. § 35 Anm. 5A; Harde, S. 258ff.; Klumpp, S. 149; BGH,WM 1978, 109 (110) = DB 1978, 481; BGH, WM 1978, 319; BGH, GmbH-Rdsch. 1978, 85. A.A. BGHZ 3, 90, (93).

berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, daß nicht jeder wichtige Abberufungsgrund zugleich einen die fristlose Kündigung des Dienstvertrages rechtfertigenden wichtigen Grund darstellt[70]. Während ein wichtiger Abberufungsgrund dann gegeben ist, wenn das weitere Verbleiben des Gesellschafter-Geschäftsführers in seinem Amt der Gesellschaft nach Treu und Glauben nicht mehr zugemutet werden kann, berechtigt ein wichtiger Grund dann zur fristlosen Kündigung des Dienstvertrages, wenn "dem Dienstherrn dessen Fortsetzung bis zum ordentlichen Ablauf nach dem Gesamtverhalten des Dienstverpflichteten bei Abwägung aller Umstände, insbesondere auch der beiderseitigen Interessen und des eigenen Verhaltens des Dienstherrn, nicht mehr zugemutet werden kann"[71]. Ist die zugleich mit der Geschäftsführerabberufung ausgesprochene fristlose Kündigung des Dienstvertrages des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht wirksam erfolgt, besteht der Dienstvertrag trotz vorläufiger Beendigung des Organverhältnisses weiter. Der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer kann die Gesellschaft auf Feststellung des Fortbestehens des Dienstverhältnisses und auf Zahlung der vereinbarten Vergütung verklagen.

d) Wiedereinsetzung des Abberufenen

Wird die Abberufungserklärung durch ein rechtskräftiges Gerichtsurteil als unwirksam erklärt, erlangt der Abberufene, soweit die Abberufung in entsprechender Anwendung von § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG als vorläufig wirksam anzusehen war ex nunc wieder seine Geschäftsführerposition. Da diesem Urteil keine rückwirkende Kraft zukommt[72], wird die

---

70) Herrschende Meinung; vgl. Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 35 Anm. 185; Fleck, aaO., S. 12f.; Peltzer, S. 1251; A. Hueck, aaO.; Britsch, S. 126; BGHZ 15, 71, (75) = WM 1955, 25, (26); BGH, WM 1961, 569, (57o); BGH, WM 1966, 968, (969); BGH, DB 1975, 1548, (155o); BGH, GmbH-Rdsch. 1978, 85; BGH, WM 1978, 11o = DB 1978, 481, (482).

71) BGH, WM 1968, 1325, (1326).

72) Einhellige Ansicht; hier nur: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 71; A. Hueck, Rechtsstellung, S. 276; BGH, LM, Nr. 5 zu § 75 AktG 1937 = BB 1953, 691 = DB 1953, 782.
Wegen der diesem Urteil zukommenden Gestaltungswirkung wird die Klage gegen die Abberufungserklärung als (Gegen)Gestaltungsklage bezeichnet: vgl. etwa Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 68; Vollmer, S. 9.

Gesellschaft - soweit nicht § 15 HGB eingreift - nicht von Vertretungshandlungen des zunächst wirksam Abberufenen innerhalb des Zwischenstadiums verpflichtet. Hat aber die Gesellschaft anläßlich der Abberufung die ihr kraft des Organverhältnisses dem Gesellschafter-Geschäftsführer gegenüber obliegenden Pflichten schuldhaft verletzt, ist sie zum Ersatz des Schadens verpflichtet, der dem zu Unrecht Abberufenen aus dieser Maßnahme entstanden ist oder noch entsteht. Der Schaden besteht insb. darin, daß oft die Geschäftsführerabberufung, die auf eine gewisse Unfähigkeit oder Unverträglichkeit hindeutet, eine erhebliche Rufschädigung bewirkt und das berufliche Fortkommen des Betroffenen bei eventuellen späteren Bewerbungen erschwert. Erhebliche Schwierigkeiten bereitet der Fall, daß der abberufene Geschäftsführer nach einem rechtskräftigen Gerichtsurteil seine Geschäftsführerposition wieder erlangt, jedoch die Gesellschaft in der Übergangszeit seinen Posten anderweitig besetzt hat, und nach der Satzung ausgeschlossen ist, daß beide Geschäftsführer nebeneinander amtieren. Die Wiedereinsetzung des zu Unrecht Abberufenen darf nicht an der nachträglichen Geschäftsführerbestellung scheitern, denn sonst würde, wie Mertens[73] zutreffend ausführt, die Beseitigung der ungerechtfertigten Abberufung auf ein reines Rehabilitationsverfahren hinauslaufen. Aus diesem Grunde muß man mit Mertens[74] in der Wiedereinsetzung des Abberufenen einen wichtigen Grund zur Abberufung des nachträglich bestellten Geschäftsführers annehmen und dem zu Unrecht abberufenen Geschäftsführer einen Anspruch unmittelbar gegen die Gesellschaft auf Abberufung des neuen Geschäftsführers zuerkennen[75]. Der frühere Geschäftsführer kann die

---

73) Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 73.

74) Mertens, Probleme der GmbH-Reform, S. 119 Fn. 63; S. auch Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 84 Anm. 73 für den Widerruf der Bestellung zum Vorstandsmitglied; a.A. Hefermehl in Geßler-Hefermehl-Eckardt-Kropff, § 84 Anm. 79.

75) Zur Ausräumung des in solchen Fällen auftauchenden Einwandes, der Beschlußfassung der Gesellschafter werde ein wichtiges Thema entzogen oder ein gerichtlicher Eingriff in die freie Willensbildung der Gesellschafter sei unzulässig, s. Peters, S. 331ff.

Gesellschaft auf Abgabe der Abberufungserklärung verklagen. Wird auf diese Leistungsklage hin die Gesellschaft verurteilt, dem neuen Geschäftsführer gegenüber die Abberufungserklärung abzugeben, erfolgt die Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO. Die Abberufungserklärung der Gesellschaft gilt also vom Zeitpunkt der Rechtskraft des Urteils an als abgegeben. Da die Abberufungserklärung aber empfangsbedürftig ist, bedarf es zusätzlich der Übermittlung des rechtskräftigen Urteils an den betroffenen Geschäftsführer von seiten des in sein Amt Wiedereingesetzten.

e) Uneingeschränkte Heranziehung der aktienrechtlichen Regelung?

Die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung auch auf die personalistische GmbH erscheint dagegen sehr zweifelhaft, da dieser Gesellschaftstyp der AG nicht nahesteht. Die regelmäßig wenigen Mitglieder dieses gesellschaftlichen Zusammenschlusses, die sich meistens gut kennen und so ihre komplementären Interessen besser berücksichtigen und koordinieren können, bedienen sich bei der Regelung ihrer Rechtsbeziehungen im Gesellschaftsvertrage der ihnen eingeräumten weitgehenden Gestaltungsfreiheit des GmbHG und sie errichten einen der OHG nahestehenden Gesellschaftstyp. So werden etwa die Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile beschränkt, die Auflösung der Gesellschaft wird nach § 60 Abs. 2 auch aus persönlichen Gründen gestattet, häufig werden verschiedene Nebenleistungspflichten auferlegt usw.

Am deutlichsten tritt aber der betont persönliche Charakter dieses Zusammenschlusses im Bereich der Unternehmensführung hervor. Da es sich bei der personalistischen GmbH um eine Arbeits- und Tätigkeitsgemeinschaft handelt, wird oft das von den Gesellschaftern angelegte Kapital nicht (bzw. nicht nur) von gesellschaftsfremden Personen verwertet, sondern die Gesellschafter selbst üben die Geschäftsführerfunktion aus und übernehmen die Pflicht zu sonstiger tätiger Mitarbeit im Unternehmen. Unter diesen Umständen ist das Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers an der Beibehaltung seines Aufgabenbereichs (der nicht selten auch

seinen Lebensberuf darstellt) als besonders schwerwiegend und schutzbedürftig zu qualifizieren. Bedenkt man zudem zum einen, daß insbesondere bei diesem Typ die Geschäftsführerabberufung regelmäßig der Bestimmung der Gesellschafterversammlung unterliegt, die über die Unabhängigkeit und Sachlichkeit des Aufsichtsrates einer AG nicht verfügt[76] und zum anderen, daß, wie eingangs dargelegt, der personalistische Typ die weitaus überwiegende Mehrheit der Gesellschaften mbH ausmacht, kommt man zu dem Ergebnis, daß die uneingeschränkte Bevorrechtigung der Interessen der Gesellschaft durch die analoge Anwendung der aktienrechtlichen Regelung auf die GmbH schlechthin zu untragbaren Ergebnissen führen würde. Die Auffassung, daß die Übernahme der aktienrechtlichen Regelung auf die persönlich geprägte GmbH keine angemessene Lösung darstellt, soll im folgenden durch die Bezugnahme auf die Sach- und Interessenlage in zwei häufig vorkommenden Erscheinungsformen der GmbH aufgezeigt werden.

aa) Die GmbH mit Geschäftsführungssonderrecht

Die erste dieser Erscheinungsformen betrifft eine GmbH, bei der dem Gesellschafter-Geschäftsführer ein Geschäftsführungssonderrecht zusteht. Durch die aus verschiedenen Gründen (etwa wegen großer Verdienste um das Unternehmen) vorgenommene Einräumung eines Geschäftsführungssonderrechts zu Gunsten eines Mitgesellschafters, in dessen tüchtige und sachgemäße Geschäftsführung ein besonderes Vertrauensverhältnis der übrigen Gesellschafter besteht, wird eine sehr starke Annäherung seiner Stellung an die Stellung eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Personengesellschaft erreicht, dessen Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis ebenfalls mit seinem Mitgliedschaftsrecht verknüpft sind. Kommt es später zu Auseinandersetzungen innerhalb der Gesellschaft und wird die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers ausgesprochen, würde im Falle eines Streites über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes die - ohne Rücksicht auf die materielle

76) So Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 1o.

Rechtslage - sofortige Wirksamkeit der ausgesprochenen Abberufung bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung dem unter solchen besonderen Verhältnissen sehr beachtenswerten Schutzbedürfnis des Gesellschafter-Geschäftsführers keine Rechnung tragen. Da also in diesem Fall die Lösung des § 84 Abs. 3 Satz 4 sich als ein "recht grobes gesellschaftsrechtliches Faustrecht"[77] darstellt, ist ihre analoge Anwendung abzulehnen.

bb) Die Zweimann-GmbH

Gar nicht selten anzutreffen ist auch eine andere Erscheinungsform der personalistischen GmbH, die zweigliedrige Gesellschaft[78]. Bei diesem Gesellschaftstyp besteht eine sehr starke personelle Verkettung der beiden Gesellschafter[79], insb. dann, wenn beide Gesellschafter gleich hoch beteiligt sind, während einer von ihnen oder beide das Geschäftsführeramt ausüben[80]. Aus der engen Verbundenheit des Gesellschafter-Geschäftsführers mit der Gesellschaft und seinem Amt ergibt sich ein besonders schutzwürdiges Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers am Weiterbestehen seiner Stellung. Die Lösung des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG würde dieses berechtigte Interesse des Gesellschafter-Geschäftsführers unangemessen beeinträchtigen und für ihn eine untragbare Härte bedeuten. Beim Vorliegen eines

---

77) Vgl. Peltzer, S. 125o.

78) Aus der rechtstatsächlichen Arbeit von Limbach, die 486 Gesellschaftsverträge von Berliner Gesellschaften mbH untersucht hat, ergibt sich, daß 249, d.h. 51,2 v.H., Zweimanngesellschaften sind: Vgl. Limbach, Theorie und Wirklichkeit, S. 42. Auch den von Kornblum durchgeführten Handelsregistererhebungen läßt sich entnehmen, daß mehr als die Hälfte der Gesellschaften mbH nur 2 Gesellschafter aufweisen: S. Kornblum, Rechtstatsachen 1981, S. 229; ders., Weitere Rechtstatsachen 1983, S. 31, 64.

79) S. Eder, S. 23.

80) Nach der Untersuchung von Limbach sind bei 92 der 249 Zweimanngesellschaften, d.h. bei 36,9 v.H., beide Gesellschafter gleich hoch beteiligt (Limbach, aaO.). Von den 92 Zweimanngesellschaften mit gleicher Beteiligung sind bei 42 Gesellschaften, d.h. bei 45,6 v.H., beide Gesellschafter als Geschäftsführer tätig (Limbach, aaO., S. 59).

wichtigen Abberufungsgrundes kann hier der eine Gesellschafter allein die Abberufung seines Mitgesellschafters vom Geschäftsführeramt vornehmen, da in diesem Fall dem betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer bei der diesbezüglichen Beschlußfassung kein Stimmrecht zusteht. Bestreitet aber der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes und erhebt er eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit der Abberufungserklärung, hätte er sich bei analoger Anwendung der aktienrechtlichen Regelung bis zu einer ihm günstigen rechtskräftigen Gerichtsentscheidung jeder Tätigkeit in Angelegenheiten der Gesellschaft zu enthalten. Trotz eventueller Erreichung seiner Wiedereinsetzung im Geschäftsführeramt nach einem langwierigen Prozeß könnte die Möglichkeit der Wiederholung seiner Abberufung aus wichtigem Grunde von seiten seines Mitgesellschafters nicht ausgeschlossen werden, während er sich in der Zwischenzeit bei einer Zweimann-GmbH mit gleich hoher Beteiligung aufgrund der Beteiligungsverhältnisse nicht wieder bestellen kann[81].

Die Anwendung der aktienrechtlichen Regelung würde aber auch den Gesichtspunkt der weiteren Funktionsfähigkeit der Gesellschaft vernachlässigen. Würden nämlich bei einer Zweimann-GmbH mit gleich hoher Beteiligung der Gesellschafter beide als Geschäftsführer amtieren und käme es zu einer gegenseitigen Abberufung, wären beide zunächst von ihren Funktionen ausgeschaltet. Da jeder von ihnen, wie bereits ausgeführt, sich in der Zwischenzeit nicht wieder bestellen könnte, wären sie auf die Berufung eines Dritten zum Geschäftsführer angewiesen. Käme es zu keiner solchen Einigung, könnte der Gesellschaft aus dem Fehlen dieses notwendigen Organs auf die Dauer ein erheblicher Schaden entstehen. Zu Recht weist aber Fleck[82] in diesem Zusammenhang

---

81) S. auch Fleck, Abberufung, S. 228.

82) Fleck, aaO.; ihm folgend BGHZ 86, 177, (182) = BB 1983, 21o, (211) = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (84f.) = JZ 1983, 392 (394) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (151).

darauf hin, daß selbst wenn die streitenden Gesellschafter (oder notfalls das Gericht nach § 29 BGB) einem Dritten die Geschäftsführungsaufgaben übertragen würden, dieser angesichts der Streitigkeiten der Gesellschafter nicht bereit sein würde, die alleinige Verantwortung für unter solchen Umständen nicht zu umgehende wichtige Entscheidungen zu übernehmen. Die aktienrechtliche Regelung führt also auch im Falle der zweigliedrigen GmbH zu unbefriedigenden Ergebnissen.

f) Lösungsweg bei den obengenannten Fällen

Nachdem dargelegt worden ist, daß die analoge Anwendung von § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG auf die umstrittene Abberufung aus wichtigem Grunde des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH oder des Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH nicht gerechtfertigt ist, stellt sich die Frage, ob vielleicht für diese Fälle die entsprechende Heranziehung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens sich als eine zulässige und zugleich sachgerechte Lösung darstellt. Für die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis des geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG erfordern §§ 117, 127 HGB nicht nur das Vorliegen eines wichtigen Grundes und einen Beschluß der übrigen Gesellschafter, sondern auch ein gerichtliches Gestaltungsurteil. Durch die vorherige Einschaltung der Gerichte wird sowohl dem Schutz des Betroffenen vor einem ungerechtfertigten Eingriff in seine Rechtsstellung wie auch dem dringenden Bedürfnis nach Rechtssicherheit und -klarheit Genüge getan. Gegen die entsprechende Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens auf die hier zu erörternden Fälle könnte man einwenden, die Übernahme dieser im GmbHG gar nicht vorgesehenen Gestaltungsklage sei nicht möglich[83]; Gestaltungsklagen seien nur da zulässig, wo sie besonders angeordnet seien. Dem ist entgegenzuhalten, daß die analoge Anwendung von Normen, welche die Grundlage für Gestaltungsklagen bilden, nicht ausgeschlossen ist[84]. Wie sonst ist auch

---

83) So Fleck, Abberufung, S. 226; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 125.

84) Vgl. A. Hueck, Gestaltungsklagen, S. 289, 292ff.

hier eine solche Analogie zulässig, wenn der zu entscheidende, im Gesetz nicht geregelte Tatbestand in den wesentlichen Elementen mit dem vom Gesetz geregelten Tatbestand übereinstimmt. Da aber die Gestaltungsklagen eher Ausnahmeregelungen sind, ist bei dieser analogen Anwendung große Vorsicht und Zurückhaltung geboten. Die analoge Anwendung gerichtlicher Gestaltungsermächtigungen darf nur nach sorgfältiger Prüfung der Gleichheit der Rechts- und Sachlage und nur beim Vorliegen einer Ausnahmesituation, also nur in den Grenzen des Grundgedankens der Ausnahmevorschrift erfolgen[85].

Eine solche Ausnahmesituation, die die analoge Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens als zulässig, aber auch geboten erscheinen läßt, liegt m.E. - immer, aber auch nur - im Falle der umstrittenen Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH vor. Zum einen ist, wie oben dargelegt, die Stellung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers der GmbH der Stellung des geschäftsführenden Gesellschafters einer OHG vergleichbar. In beiden Fällen hat die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis mitgliedschaftlichen Charakter, so daß der sonderberechtigte ebenso wie der geschäftsführende OHG-Gesellschafter vor einer unberechtigten Beeinträchtigung seiner bevorzugten Rechtsstellung geschützt werden muß. Zum anderen muß auch hier dem wichtigen Gesichtspunkt der Rechtssicherheit Rechnung getragen werden. Im Streitfalle ist also die Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers bei der GmbH nach entsprechender Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens als unwirksam zu behandeln, bis ihre Wirksamkeit durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung festgestellt ist.

In den übrigen Fällen der umstrittenen Abberufung aus wichtigem Grunde des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH, insb. desjenigen einer zweigliedrigen Gesellschaft, in denen nicht

---

85) So auch A. Hueck, aaO., S. 292. S. auch Rücker, S. 126.

nur die analoge Anwendung von § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG, sondern auch die entsprechende Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens angesichts des Ausnahmecharakters dieser Vorschriften verneint worden sind, ergibt sich eine Rechtslage, die wie Fleck[86] zutreffend ausführt, der Rechtslage in einer Personengesellschaft ähnelt, in der nach dem Gesellschaftsvertrage die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis, anstatt durch gerichtliches Gestaltungsurteil, durch Gesellschafterbeschluß erfolgen soll. Einer derartigen Entziehung ist nur dann Wirksamkeit zuzusprechen, wenn ihre sachlichen Voraussetzungen (insb. ein wichtiger Grund) vorliegen, so daß die Wirksamkeit objektiv von vornherein feststeht. Im Streitfalle kommt einer späteren Gerichtsentscheidung keine rechtsgestaltende, sondern lediglich feststellende Wirkung zu. Dem im Streitfalle bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung hinzunehmendem Zustand vorübergehender Ungewißheit kann durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung begegnet werden[87].

g) Besonderheiten bei der Übertragung der Abberufungszuständigkeit auf eine andere Stelle?

Die hier vertretene differenzierende Lösung[88] (d.h. die vorläufige Unwirksamkeit der umstrittenen Abberufung eines

---

86) Fleck, Abberufung, S. 226f.; ihm folgend: BGHZ 86, 177, (18o) = BB 1983, 21o = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (84) = JZ 1983, 392, (393) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (15o).

87) Dazu s. unten S. 111ff.

88) Mehrfach wird im Schrifttum und in der Rechtsprechung eine differenzierende Lösung je nach der Struktur der Gesellschaft und der Stellung des Geschäftsführers gefordert. Es wird aber nicht immer derselben Betrachtungsweise gefolgt.
Für die entsprechende Anwendung des in §§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens auf die umstrittene Abberufung des sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH treten folgende Befürworter einer differenzierenden Lösung ein: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 47f.; ders., Abberufung, S. 543; H.P. Westermann, Abberufung, S. 53; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 68; Winkler, Lückenausfüllung, S. 45; Borrmann, S. 89ff. Vgl. auch § 69 Abs. 5 RegE GmbHG. De lege ferenda auch: Scholz-Fischer[1o], § 38 Anm. 7; ders., Die personalistische GmbH, S. 125; ders., Rechtsquelle, S. 134f.; Fleck, Abberufung, S. 226f. Nach geltendem Recht nehmen diese Autoren einen Schwebezustand vorübergehender Ungewißheit über die Wirksamkeit der Abberufung an.

Was die umstrittene Abberufung aus wichtigem Grund des hälftig beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers einer Zweimann-GmbH oder des Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführers einer GmbH betrifft, befürworten die entsprechende Anwendung des in

sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung, die vorläufige Wirksamkeit der umstrittenen Abberufung aus wichtigem Grunde eines Fremdgeschäftsführers oder eines nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer kapitalistischen GmbH und schließlich die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Abberufung eines nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen

---

§§ 117, 127 HGB enthaltenen Rechtsgedankens: Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 69; H.P. Westermann, aaO. Für die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Abberufung allein von der materiellen Rechtslage treten hier ein: Fleck, aaO., S. 227ff.; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 51; ders., Abberufung, S. 543f.; Borrmann, S. 118ff. (für einen Mehrheitsgesellschafter-Geschäftsführer einer Zweimann-GmbH); für die Zweimann-GmbH s. auch: BGHZ 86, 177, (182) = BB 1983, 21o, (211) = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (85) = JZ 1983, 392, (394) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (151).
Schließlich sehen in der analogen Anwendung von § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG auf die Abberufung eines minderheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers oder eines Fremdgeschäftsführers eine befriedigende Lösung: Fleck, aaO., S. 227; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 7o; H.P. Westermann, aaO.; Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 44f.; ders., Abberufung, S. 542f.; für den Fremdgeschäftsführer s. auch: BGHZ 86, 177, (18of.) = BB 1983, 21of. = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (84) = JZ 1983, 392, (393) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (15o).
Eine differenzierende Lösung je nach der Art der Gesellschaft wird von Eder (Handbuch-Eder, Rz. I. 55o.4) mit dem Argument abgelehnt, eine solche Lösung würde einem Streit über das Vorliegen eines wichtigen Grundes nur noch einen weiteren Streit über die strukturelle Zugehörigkeit der betreffenden GmbH hinzufügen. Dem kann nicht zugestimmt werden. Wenn man zum einen bedenkt, daß dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH sich entnehmen läßt, ob die Gesellschaft einen individuellen, an die Personen der konkreten, untereinander bekannten Gesellschafter gebundenen Zweck verfolgt, oder ob sie einen von den jeweiligen Mitgliedern unabhängigen Zweck hat (vgl. auch Reuter, Einfluß der Mitbestimmung, S. 543), und wenn man zum anderen bedenkt, daß die kapitalistische GmbH eine Ausnahmeerscheinung ist (s. die in der Einleitung enthaltenen rechtstatsächlichen Angaben), dann muß man zu dem Ergebnis kommen, daß die Durchführung der Abgrenzung von personalistischer und kapitalistischer GmbH selten Schwierigkeiten bereiten wird. Für die Annahme einer personalistischen GmbH wird die Tatsache entscheidend sein, daß die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter in Anlehnung an die Verhältnisse einer Personengesellschaft geregelt sind, indem, wie auch oben dargelegt, Gesellschafter in der Unternehmensführung tätig sind, ihre Geschäftsführerstellung durch die Festlegung erschwerter Abberufungsvoraussetzungen abgesichert worden ist, die Übertragbarkeit und Vererblichkeit der Geschäftsanteile beschränkt worden sind usw.

GmbH vom tatsächlichen Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes) muß m.E. auch dann Anwendung finden, wenn die Bestellungs- bzw. die Abberufungszuständigkeit einer anderen Stelle (einem fakultativen Aufsichtsrat, einem anderen Gremium, einem Dritten usw.) übertragen worden ist. Fleck[89] will die aktienrechtliche Regelung dann entsprechend angewandt wissen, wenn die Bestellungskompetenz einer anderen Stelle übertragen wurde, weil nach einer erfolgten Abberufung, die als wirksam zu behandeln sei, die Bestellung eines neuen Geschäftsführers immer möglich sei, während von anderen Verfassern[9o] ohne Begründung die Heranziehung der aktienrechtlichen Regelung für den Fall befürwortet wird, daß zur Abberufung nicht die Gesellschafterversammlung, sondern eine andere Stelle zuständig ist. Es ist aber kein Grund ersichtlich, worauf eine unterschiedliche Behandlung, je nach Zuständigkeit, gestützt werden könnte. Die in den Fällen einer Kompetenzübertragung uneingeschränkte Anwendung der aktienrechtlichen Regelung würde den oben dargelegten Interessenwiderstreit unterschiedslos zu Gunsten der Gesellschaft lösen[91].

---

89) Fleck, Abberufung, S. 227.

9o) Vgl. Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 11; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 122; Lehmann, S. 56; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 544; anscheinend auch BGHZ 86, 177, (181) = BB 1983, 21o, (211) = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 938, (939) = WM 1983, 83, (84) = JZ 1983, 392, (393) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (15o).

91) Eine erwähnenswerte Fallkonstellation liegt vor, wenn der abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer gleichzeitig Mitglied des Gremiums (z.B. des Gesellschafterausschusses) ist, das mit der Aufgabe der Geschäftsführerabberufung betraut wurde. Seine Abberufung aus wichtigem Grunde kann er nicht verhindern, weil sein Stimmrecht sowohl bei der Beschlußfassung innerhalb des zuständigen Abberufungsgremiums (vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 93; Immenga-Werner, S. 55), als auch bei der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung (die, wie oben dargelegt wurde, im Falle der Geschäftsführerabberufung aus wichtigem Grunde immer konkurrierend zuständig bleibt) ausgeschlossen ist. Nähme man zusätzlich nach der hier abgelehnten Ansicht die vorläufige Wirksamkeit der ausgesprochenen umstrittenen Abberufung z.B. des Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH an, würde dies für ihn eine untragbare Härte bedeuten. Vgl. auch Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 7o.

h) Prozessuale Probleme bei der zweigliedrigen GmbH

Im folgenden sei auf die Schwierigkeiten bei der Prozeßvertretung der Gesellschaft hingewiesen, die im Falle gegenseitiger Abberufung bei der zweigliedrigen GmbH auftreten, bei der beide Gesellschafter Geschäftsführer sind. Wird die Wirksamkeit beider Abberufungserklärungen seitens der Geschäftsführer bestritten, müssen die Streitigkeiten in zwei gegen die GmbH gerichteten Prozessen geklärt werden. Soweit die Satzung einen Aufsichtsrat vorsieht, steht ihm - wenn nicht anderes bestimmt ist - gemäß § 52 Abs. 1 i.V.m. § 112 AktG die Prozeßvertretung der Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern zu. Dies gilt auch dann, wenn die beiden Gesellschafter aufgrund analoger Anwendung des § 84 Abs. 3 Satz 4 vorläufig nicht mehr Geschäftsführer sind. Im Rahmen des Aktienrechts ist nämlich anerkannt, daß die Vertretungsbefugnis des Vorstandes bei Rechtsstreitigkeiten mit früheren (ausgeschiedenen) Vorstandsmitgliedern nicht gilt, wenn der Streit die Wirksamkeit des Widerrufs der Bestellung als Vorstandsmitglied betrifft[92]. Kompliziert wird die Lage aber dann, wenn - was bei der zweigliedrigen GmbH naheliegt[93] - die GmbH keinen fakultativen Aufsichtsrat besitzt. Die Gesellschaft wird dann in dem einen Prozeß von dem Gesellschafter-Geschäftsführer A und in dem anderen Prozeß von dem Gesellschafter-Geschäftsführer B vertreten. Nähme man die sofortige Wirksamkeit der gegenseitig vorgenommenen Abberufungserklärungen an, würde dies das Auftreten der Vertretungsschwierigkeiten beschleunigen. Da nämlich weder A noch B Geschäftsführer wären, könnten sie die Gesellschaft in den beiden Prozessen, die diese als Beklagte führt, nicht wirksam vertreten, so daß schon in diesem Stadium um anderweitige Abhilfe gesorgt werden müßte.

---

92) Vgl. Mertens in Kölner Kommentar zum AktG, § 111 Anm. 9 m.w.N. S. auch Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 52 Rdn. 127; OLG Koblenz, BB 198o, 175.

93) Aus der Umfrage der Centrale für GmbH zur rechtstatsächlichen Struktur der GmbH geht hervor, daß ein fakultativer Aufsichtsrat nur bei 42, d.h. 1o,3 v.H. der 4o7 Zweimanngesellschaften besteht: S. Winter, S. 149.

Auch Fischer[94] - der übrigens die Übertragung der aktienrechtlichen Regelung auf die zweigliedrige Gesellschaft mit Geschäftsführungssonderrecht beider Gesellschafter ablehnt - weist auf die im Falle gegenseitiger Abberufungsprozesse auftretenden Vertretungsschwierigkeiten hin. Unterliege der in dem ersten Prozeß klagende Gesellschafter-Geschäftsführer B, werde hier also rechtskräftig festgestellt, daß die Entziehung der ihm übertragenen Geschäftsführung berechtigt wäre, so könne in dem zweiten Prozeß ein Sachurteil überhaupt nicht mehr ergehen, weil in diesem Prozeß die Gesellschaft vom Gesellschafter B nicht ordnungsgemäß vertreten sei; die Klage des Gesellschafter-Geschäftsführers A sei also durch Prozeßurteil abzuweisen.

Nicht zugestimmt werden kann aber der Auffassung Fischers[95] und Flecks[96], die auftretenden Vertretungsschwierigkeiten ließen sich nach geltendem Recht nicht befriedigend lösen. Erhebt nämlich der Gesellschafter-Geschäftsführer B eine Klage auf Feststellung der Unwirksamkeit seiner Abberufung und kann der andere Gesellschafter A die Gesellschaft nicht vertreten, weil er aufgrund vorangegangener wirksamer Abberufung nicht mehr Geschäftsführer ist, stellt dies keine unüberwindbare Schwierigkeit dar. Hier kommt die Anwendung des § 46 Nr. 8 Hs. 2 in Betracht. Nach dieser Vorschrift haben die Gesellschafter über die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen zu befinden, die sich auf Rechtsstreitigkeiten mit ihren Geschäftsführern beziehen. Dabei ist es gleichgültig, ob die Gesellschaft Klägerin oder Beklagte ist. Von der Gesellschaft kann also ein besonderer Prozeßvertreter nach § 46 Nr. 8 Hs. 2 bestellt werden[97]. Da bei der diesbezüglichen Beschlußfassung

---

94) Fischer, Die personalistische GmbH, S. 123 ff.
95) S. Fischer, aaO.
96) Fleck, Abberufung, S. 229.
97) Streitig ist, ob die Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters nach § 46 Nr. 8 für die Vertretung der Gesellschaft beim Abberufungsprozeß gegen den Geschäftsführer trotz des Vorhandenseins eines fakultativen Aufsichtsrates zulässig ist; dafür: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 115 m.w.N.; dagegen: A. Hueck, Vertretung, S. 215; Schilling in Hachenburg, 7. Aufl., § 46 Rdnr. 36, § 52 Rdn. 127.
Im allgemeinen schließt die Bestellung eines besonderen Vertreters nach § 46 Nr. 8 für den Prozeß gegen einen oder mehrere Geschäftsführer die am Prozeß nicht beteiligten Geschäftsführer von der Vertretung der Gesellschaft aus, vgl. statt aller: A. Hueck, aaO., S. 213.

dem klagenden Gesellschafter-Geschäftsführer B gemäß § 47 Abs. 4 Satz 2 kein Stimmrecht zusteht, wird der Prozeßvertreter allein vom Gesellschafter A bestellt[98]. Zum Prozeßvertreter kann A einen Dritten oder auch sich selbst bestellen. Die Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters führt zur Ablösung eines Prozeßpflegers, der eventuell vom Gericht nach § 57 ZPO bei Gefahr im Verzuge eingesetzt worden ist. Anzumerken ist noch, daß auch die Möglichkeit der Bestellung eines Notgeschäftsführers besteht. Da die Einsetzung eines Prozeßpflegers nach § 57 ZPO nur für Passivprozesse der Gesellschaft zulässig ist, kommt der Bestellung eines Notgeschäftsführers nur bei Aktivprozessen der Gesellschaft große Bedeutung zu. Der Gesellschaft kann unter Umständen ein beträchtlicher Schaden erwachsen, wenn sie zwar eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit der Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers erheben will, ein Geschäftsführer jedoch, der ihre Prozeßvertretung übernehmen würde, nicht vorhanden ist. Soweit die Bestellung eines anderen Geschäftsführers oder eines besonderen Vertreters nach § 46 Nr. 8 Hs. 2 nicht schnell vorgenommen werden kann, kommt die Anwendung des § 29 BGB auf die GmbH als rechtsfähigen Verein in Betracht. Auf Antrag etwa eines Gesellschafters kann in diesem Dringlichkeitsfalle die Bestellung eines Notgeschäftsführers durch das Amtsgericht des Sitzes der Gesellschaft erfolgen, der auch die Aufgabe der Vertretung der Gesellschaft beim Abberufungsprozeß gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer übernimmt.

Fischer stellt ferner fest, daß die von ihm aufgezeigten prozessualen Schwierigkeiten selbst dann auftreten würden, wenn für die Abberufung des Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH eine den §§ 117, 127 HGB entsprechende Regelung eingeführt worden wäre. Denn auch dann

---

98) Dazu, daß bei der zweigliedrigen Gesellschaft eine förmliche Beschlußfassung von der Praxis als entbehrlich angesehen wird, wenn wegen Stimmrechtsausschlusses des einen Gesellschafters eine Entscheidung allein von dem anderen Gesellschafter zu treffen ist, s. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 115, § 46 Anm. 11o.

wäre die Klage von der Gesellschaft zu erheben, auf deren Beteiligung am Prozeß die Vertretungsschwierigkeiten zurückzuführen seien. Deswegen schlägt er vor, bei der Abberufungsklage gegen den Gesellschafter-Geschäftsführer einer personalistischen Zweimann-GmbH die alleinige Klagebefugnis nicht der Gesellschaft, sondern dem anderen Gesellschafter zu übertragen[99]. Dieser Auffassung ist beizupflichten. Die Relativierung des Prinzips der juristischen Persönlichkeit der Gesellschaft in diesem Ausnahmefall - die zum einen ein Organisationselement darstellt, das primär die Inhaberschaft und die Aufbringung des Gesellschaftsvermögens sowie die Zuordnung der Rechte und Pflichten gegenüber Dritten betrifft[1oo] und zum anderen unmittelbare gesellschaftsrechtliche Beziehungen der Gesellschafter untereinander nicht ausschließt - rechtfertigt sich daraus, daß diese Regelung dem Bedürfnis nach Abwendung der auftretenden Schwierigkeiten bei der Prozeßvertretung der Gesellschaft gerecht wird und gebührend berücksichtigt, daß hier wahre Interessenträger und eigentliche Streitteile die beiden Gesellschafter sind.

i) Der Einfluß des Abberufungsstreits auf das Eintragungsverfahren vor dem Handelsregisterrichter

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, daß der Streit über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes auch das Eintragungsverfahren vor dem Handelsregisterrichter beeinflußt. Wie jede Änderung des Personenbestandes der Geschäftsführer ist auch das Ausscheiden eines Geschäftsführers infolge Abberufung nach § 39 zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Gemäß § 78 sind zur Anmeldung die - anderen, im Amt noch befindlichen - Geschäftsführer

---

99) S. Fischer, Die personalistische GmbH, S. 126. Vgl. auch Winkler, Lückenausfüllung, S. 46; ferner § 69 Abs. 5 Satz 3 RegE GmbHG für den Fall der Zweimann-GmbH mit Geschäftsführungssonderrecht beider Gesellschafter. In diesem Sinne äußert sich auch Joost, passim. Für den Fall des Ausschlusses aus einer Zweimann-GmbH vgl. auch Ulmer in Hachenburg, 7. Auf., Anh. § 34 Rdn. 22, der hier von der Anerkennung einer der actio pro socio vergleichbaren Prozeßstandschaft der Gesellschafter spricht. A.A. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 38 Rdn. 72.

1oo) S. dazu H.P. Westermann, Leitbild, S. 194f.

in vertretungsberechtigter Anzahl berechtigt und verpflichtet[1o1]. Der Anmeldungserklärung sind die Urkunden - in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift - beizufügen, die die Änderung bezeugen (z.B. das Protokoll des Abberufungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung). Trotz der, wie dargelegt, nicht konstitutiven, sondern lediglich rechtsbezeugenden Wirkung der Eintragung der Abberufung in das Handelsregister, bleiben die Anmeldung und die ihr entsprechende Eintragung nicht ohne jegliche Bedeutung. Vielmehr führt die Eintragung den sich aus der Publizitätswirkung des § 15 HGB ergebenden Schutz des rechtsgeschäftlichen Verkehrs herbei. Solange also das Ausscheiden des Abberufenen nicht im Handelsregister eingetragen und bekanntgemacht worden ist, wird die Gesellschaft von seinen weiteren Vertretungshandlungen gutgläubigen Dritten gegenüber verpflichtet.

Bei der Anmeldung zur Eintragung der Änderung des Personenbestandes der Geschäftsführer infolge Abberufung eines Gesellschafter-Geschäftsführers aus wichtigem Grunde hat der Handelsregisterrichter, wie bei jeder Anmeldung, zunächst die Ordnungsmäßigkeit der Anmeldung, etwa die Geschäftsfähigkeit und Vertretungsmacht des Anmeldenden, zu prüfen. Ferner hat er zu prüfen, ob die beigebrachten Unterlagen die angemeldete Änderung rechtfertigen, so daß er vom Vorliegen eines - dieser Änderung zugrunde liegenden - formell gültigen Abberufungsbeschlusses überzeugt sein muß.

Ob und inwieweit der Handelsregisterrichter auch die materielle Rechtmäßigkeit der Abberufung, insb. das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes nachzuprüfen hat,

---

1o1) Fehlt nach der ausgesprochenen Geschäftsführerabberufung ein anderer Geschäftsführer oder die nötige Zahl vertretungsberechtigter Geschäftsführer und ist die Bestellung eines neuen Geschäftsführers zur Vornahme der Anmeldung nicht möglich, kann vom Amtsgericht auf Antrag eines Beteiligten nach § 29 BGB ein Notgeschäftsführer bestellt werden.

ist sehr streitig. Eine Prüfung der sachlichen Berechtigung der Abberufung von seiten des Handelsregisterrichters erübrigt sich in den Fällen, in denen wir nach entsprechender Anwendung des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG die vorläufige Wirksamkeit der umstrittenen Abberufung aus wichtigem Grunde bis zur rechtskräftigen gerichtlichen Feststellung ihrer Unwirksamkeit angenommen haben. Da hier die Rechtsänderung ohne Rücksicht auf die materielle Rechtslage eintritt, hat der Handelsregisterrichter die begehrte Eintragung ohne weitere Prüfung vorzunehmen[1o2)]. Dieses Ergebnis berücksichtigt gebührend das - oben als schwerwiegenderes qualifizierte - Interesse der Gesellschaft an der Abwendung von Gefahren, die ihr durch die eventuelle weitere Betätigung des Abberufenen in Verbindung mit dem Fortbestand der Eintragung im Handelsregister drohen.

Die Frage nach der materiellen Prüfungskompetenz des Handelsregisterrichters wird aber in den übrigen Fällen relevant, in denen die vorgenommene Abberufung nicht - unabhängig von ihrer sachlichen Berechtigung - als vorläufig wirksam behandelt werden kann. Für ein materielles Prüfungsrecht und eine Prüfungspflicht des Registerrichters spricht die Erwägung, daß die Handelsregistereintragungen nach Möglichkeit mit der wirklichen Sach- und Rechtslage übereinstimmen sollen, was gegebenenfalls auch im Interesse eines zu Unrecht abberufenen Gesellschafter-Geschäftsführers liegt. Gegen die materielle Prüfungsfunktion des Handelsregisterrichters spricht zum einen, daß er angesichts der ihm zur Verfügung stehenden beschränkten Mittel zur Erforschung der Wahrheit die Streitfrage der materiellen Wirksamkeit der Abberufung nicht abschließend entscheiden kann, und zum anderen, daß mit seiner Ermittlungstätigkeit notwendigerweise unerwünschte Auswirkungen auf den Verfahrensablauf, insb. eine - für die Gesellschaft

---

1o2) Soweit ersichtlich unbestritten in der aktienrechtlichen Literatur: Vgl. Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, § 84 Anm. 15.

u.U. unangenehme - Verlangsamung des Eintragungsverfahrens und eine erhebliche Belastung des Gerichts und der Beteiligten, verbunden sind. M.E. hat der Registerrichter in diesen Fällen auf folgende Weise zu verfahren. Die Angaben des Anmeldenden über die Änderung in den Personen der Geschäftsführer infolge Abberufung eines Kollegen aus wichtigem Grunde hat er zunächst als wahrheitsgemäß anzunehmen. Ergeben sich aber aus der Anmeldungserklärung selbst oder aus den beigebrachten Urkunden begründete Zweifel an der materiellen Wirksamkeit der Abberufung (insb. am tatsächlichen Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes), hat er das Recht und die Pflicht, den der Anmeldung zugrunde liegenden Sachverhalt durch die Anstellung eigener Ermittlungen gemäß § 12 FGG aufzuklären[1o3].

---

1o3) Die Auffassung, der Handelsregisterrichter habe das - nach manchen sogar sehr umfassende, d.h. stets und nicht nur im Falle von begründeten Zweifeln an der Richtigkeit oder im Falle offensichtlich unbegründeter Abberufung eintretende - Recht und die Pflicht, auch die materielle Wirksamkeit und insb. das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes nachzuprüfen, befürworten auch: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 39 Anm. 2o; Handbuch-Eder, Rz. I. 553, 573; Gröger, S. 288; Fleck, Abberufung, S. 227; Fischer, Die personalistische GmbH, S. 123; ders., Rechtsquelle, S. 135; Winkler, Lückenausfüllung, S. 47; Sudhoff, Gesellschaftsvertrag, S. 242f.; Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 39 Rdn. 18; Groschuff, Anm. zu OLG Hamburg, JW 1938, 3248, (3249); Matzke, S. 121; KG, JW 1937, 549, (55o). S. auch Ostheim, S. 254f. Vgl. ferner Entwurf GmbHG, S. 89: "Wenn über die Rechtmäßigkeit des Widerrufs Streit besteht, so wird allerdings die Abberufung des protestirenden Geschäftsführers nicht ohne weiteres zur Eintragung ins Handelsregister gebracht werden können, indem das Registergericht es den Betheiligten überlassen wird, den Streit zunächst im Prozeßwege zum Austrage zu bringen. In der Zwischenzeit kann sich jedoch die Gesellschaft durch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung, welche dem betreffenden Geschäftsführer die weitere Vertretung interimistisch untersagt und demzufolge auch ins Handelsregister einzutragen ist, ausreichend sichern". Zum materiellen Prüfungsrecht des Handelsregisterrichters im allgemeinen, s. Menold, passim.
Die Nachprüfung der materiellen Wirksamkeit der Abberufung lehnen gänzlich ab: Baumbach-Hueck, § 38 Anm. 2E; Vogel, § 38 Anm. 7; Brodmann, § 38 Erl. 4c; Staub, § 38 Anm. 6; Feine, S. 477; KG, GmbH-Rdsch. 1914, 185, (189) = GmbHRspr. II, R. 7 zu § 38.

Läßt sich trotz der Durchführung von Ermittlungen das Vorliegen eines die Abberufung rechtfertigenden wichtigen Grundes nicht feststellen, darf er die beantragte Verfügung ablehnen. Wenn der Streit zwischen dem Abberufenen und der Gesellschaft über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes bereits anhängig ist, empfiehlt es sich, daß der Registerrichter von Amts wegen oder auf Anregung eines Beteiligten vom § 127 FGG Gebrauch macht und - nicht zuletzt aus verfahrensökonomischen Gründen - seine Entscheidung bis zur Entscheidung des Prozeßgerichts aussetzt. Aber selbst wenn der Rechtsstreit noch nicht anhängig ist, kann er - wieder gemäß § 127 FGG - nach pflichtgemäßem Ermessen den Beteiligten eine Frist zur Klageerhebung setzen.

2. Die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes im Abberufungsrecht

a) Allgemeines

Der Streit über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes, wie allerlei Organstreitigkeiten, kann sich negativ auf den weiteren Bestand der Gesellschaft auswirken. Ist eine Klage auf Feststellung der Wirksamkeit bzw. Unwirksamkeit der Abberufungserklärung erhoben worden, besteht oft zur Überwindung der unangenehmen Streitauswirkungen bis zur rechtskräftigen Gerichtsentscheidung ein dringendes Bedürfnis nach einer raschen klaren, aber auch sachgerechten vorläufigen gerichtlichen Regelung der Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft. Der geeignete Rechtsbehelf hierzu ist die regelnde einstweilige Verfügung des § 94o ZPO. Nach § 94o ZPO sind einstweilige Verfügungen auch zum Zwecke der Regelung eines einstweiligen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, sofern diese Regelung, insb. bei dauernden Rechtsverhältnissen, zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus sonstigen Gründen nötig erscheint.

b) Antragstellung durch die GmbH

aa) Der zulässige Inhalt des Antrags

Im Falle des Streits über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes kann also die GmbH eine einstweilige Verfügung erwirken, durch die dem betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführer das Betreten der Geschäftsräume und/oder der Einblick in die Geschäftsbücher untersagt werden. Ferner zulässig ist eine gerichtliche Anordnung des Inhalts, daß bestimmte Geschäftsführungsmaßnahmen der Zustimmung der Gesellschaftergesamtheit bedürfen. Fraglich ist, ob im Verfahren der einstweiligen Verfügung die vorläufige Geschäftsführerabberufung, d.h. die vorläufige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Geschäftsführers beantragt und angeordnet werden darf. Die Zulässigkeit der Anordnung dieser Maßnahme ist m.E. zu verneinen. Die Bedenken gegen eine solche Verfügung ergeben sich nicht daraus, daß diese Maßnahme praktisch die Hauptsacheentscheidung vorwegnehmen würde. Denn es ist heute anerkannt, daß unter bestimmten Voraussetzungen der Erlaß auch solcher einstweiliger Verfügungen zulässig ist, die dem Antragsteller eine vorläufige Befriedigung gewähren[1o4)]. Die vorläufige Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht des Geschäftsführers durch einstweilige Verfügung wird am Fehlen der Notwendigkeit der Anordnung einer derart weitgehenden Maßnahme scheitern. Bei Abberufungsstreitigkeiten darf auf Antrag der GmbH im Verfahren der einstweiligen Verfügung eine gewisse Maßnahme angeordnet werden, wenn zum einen die Gesellschaft hinreichend glaubhaft macht, daß ein wichtiger Grund für die Abberufung des Betroffenen vorgelegen hat und daß die begehrte Maßnahme zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig ist, und wenn zum anderen die vorgenommene Abwägung der Interessen der beiden Parteien zugunsten der GmbH ausfällt, d.h. wenn durch die angeordnete Maßnahme in

---

1o4) Dazu s. insb. Schilken, passim. Ferner: Lindacher, S. 2o2; Jauernig, S. 331ff.; H.P. Westermann, Abberufung, S. 68f.; Semler, passim; Baur, S. 52ff., insb. S. 55f.; Grunsky, Besprechung I, S. 364f.; ders., Besprechung II, passim.

die Rechtsposition des Gesellschafter-Geschäftsführers nicht ungebührlich eingegriffen wird[1o5]. Das Gericht hat dabei den Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs in die Rechtssphäre des Antragsgegners zu beachten, aufgrund dessen die Anordnung einer bestimmten Maßnahme nicht nötig erscheint, wenn eine andere, weniger einschneidende Maßnahme für die Erreichung des Regelungszwecks ausreicht[1o6]. Eine solche Maßnahme, die zum einen sich als weniger einschneidend, aber ausreichend darstellt und die zum anderen dem Zweck einer einstweiligen Verfügung nach § 94o ZPO, einen Zustand vorläufig zu regeln, besser gerecht wird, ist eine Verfügung, durch die dem betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführer die weitere Tätigkeit als Geschäftsführer vorläufig untersagt wird[1o7]. Im Gegensatz zur vorläufigen Geschäftsführerabberufung führt das Verbot der Ausübung des Geschäftsführeramtes nicht das Erlöschen der organschaftlichen Rechtsstellung des Gesellschafter-Geschäftsführers herbei. Der betreffende Gesellschafter-Geschäftsführer behält seine Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht, darf jedoch vorläufig von seinen Amtsbefugnissen keinen Gebrauch machen[1o8]. Durch die Anmeldung

---

1o5) Zu dem Erfordernis der Abwägung der beteiligten Interessen beim Erlaß einer Regelungsverfügung, s.: Schilken, S. 127ff., insb. S. 129f.; Lindacher, aaO.; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 547; Grunsky, Besprechung I, S. 362; ders., Besprechung II, S. 21o. S. auch Baur, S. 34.

1o6) Zu dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs beim Erlaß einer einstweiligen Verfügung s.: Schilken, S. 55ff. m.w.N. in Fn. 29; H.P. Westermann, Abberufung, S. 69; Uwe H. Schneider, aaO.; Lindacher, aaO.

1o7) Zu der Zulässigkeit der Anordnung des vorläufigen Verbots der Tätigkeit als Geschäftsführer im Verfahren der einstweiligen Verfügung, s.: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 53; ders., Abberufung, S. 547f.; Handbuch-Eder, Rz. I. 554; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 1o; Harry Westermann, S. 864f.; Harde, S. 242ff. (nicht jedoch beim Streitfalle über das Vorliegen eines wichtigen Abberufungsgrundes); Vollmer, S. 11 (der aber auch einen vorläufigen Entzug der Vertretungsmacht für zulässig hält); wohl auch Hopt, S. 26; RGZ 1o2, 197, (198); BGH, WM 198c, 957; BGHZ 86, 177, (183) = DB 1983, 381, (382) = NJW 1983, 935, (939) = WM 1983, 83, (85) = JZ 1983, 392, (394) = GmbH-Rdsch. 1983, 149, (151) = BB 1983, 21o, (211). S. auch die in S. 11c Fn. 1o3 zitierte Stelle des Entwurfes GmbHG.

1o8) Es handelt sich also um eine Art von Suspendierung, wie die letztere von der herrschenden Lehre im Aktienrecht verstanden wird: Dazu s. statt aller Krieger, S. 149ff. m.w.N.

des im Verfahren der einstweiligen Verfügung angeordneten Verbots der Amtsführung zur Eintragung ins Handelsregister kann jedoch die Gesellschaft vor der eventuellen weiteren Betätigung des betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführers Dritten gegenüber geschützt werden. Auf Antrag der GmbH dürfen im Streitfalle Maßnahmen mit dem oben beschriebenen Inhalt einmal angeordnet werden, wenn Antragsgegner ein sonderberechtigter Gesellschafter-Geschäftsführer ist. Die Anordnung solcher Maßnahmen erlangt besondere Bedeutung beim Streit über die Abberufung des nicht sonderberechtigten Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH. Nach der hier vertretenen Auffassung hängt die Wirksamkeit der ausgesprochenen Abberufung in diesem Falle allein von ihrer sachlichen Berechtigung ab, so daß nicht selten ein unerfreulicher Zustand vorübergehender Ungewißheit bezüglich der Geschäftsführungs- und Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft hingenommen werden muß.

bb) Befugnis zur Antragstellung

Beim Begehren des Erlasses einer einstweiligen Verfügung gegen den betreffenden Gesellschafter-Geschäftsführer hat der diesbezügliche Antrag von der Gesellschaft auszugehen. Früher hat man auch einen Antrag seitens eines Gesellschafters zugelassen[109]. Dies erklärt sich daraus, daß die damalige h.M. den Gesellschafter-Geschäftsführer bei seiner Abberufung noch für stimmberechtigt hielt, so daß die einstweilige Verfügung oft der einzige Weg für die aus wichtigem Grunde notwendig gewordene Abberufung des hälftig bzw. mehrheitlich beteiligten Gesellschafter-Geschäftsführers war. Nachdem heute nach einhelliger Auffassung der aus wichtigem Grunde abzuberufende Gesellschafter-Geschäftsführer kein Stimmrecht hat, besteht kein solches Bedürfnis, so daß, wie gesagt, der Antrag auf Erlaß dieser einstweiligen Verfügung von der Gesellschaft gestellt werden muß. Eine Ausnahme hat lediglich für die zweigliedrige GmbH zu gelten, bei der auch dem einzelnen Gesellschafter die Antragsbefugnis zuzubilligen ist. Für diese Ausnahmeregelung spricht

---

109) Vgl. Vogel, § 38 Anm. 3; OLG Dresden, JW 1924, 1185 Nr. 18 = GmbH-Rdsch. 1924, 421f.; a.A. schon damals KG, OLG Rspr. 24, 154, (155).

auch hier insb. das Bedürfnis nach Abwendung der bereits erörterten Schwierigkeiten, die bei der Prozeßvertretung der zweigliedrigen Gesellschaft auftreten.

Da sie einen ganz anderen Fall betrifft, kann dagegen in diesem Zusammenhang nicht als Ausnahme eine einstweilige Verfügung erachtet werden, die im Rahmen einer Auflösungsklage ergeht und durch die dem amtierenden Geschäftsführer für die Dauer der Auflösungsklage die weitere Geschäftsführertätigkeit untersagt wird[11o)]. Als antragsbefugt sind in diesem besonderen Fall auch Gesellschafter anzusehen, die lediglich 1o % des Stammkapitals besitzen und die eine Klage auf Auflösung der Gesellschaft erhoben haben. Die Antragsbefugnis der die Auflösung der Gesellschaft betreibenden Gesellschafter rechtfertigt sich hier daraus, daß dann, wenn einer Gesellschafterminderheit ein gegen den Bestand der Gesellschaft gerichtetes Klagerecht zugebilligt wird, ihr auch die Befugnis zuerkannt werden muß, die Anordnung von Maßnahmen im Verfahren der einstweiligen Verfügung zu beantragen, die dem Schutze und der Sicherung dieses Klagerechts dienen[111)]. Voraussetzung für den Erlaß der die weitere Geschäftsführertätigkeit untersagenden Verfügung ist, daß von den die Auflösung der Gesellschaft betreibenden Gesellschaftern glaubhaft gemacht wird, daß ein wichtiger Grund zur Auflösung der Gesellschaft gemäß § 61 vorliegt und daß der Erlaß der begehrten einstweiligen Verfügung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Letzteres wird der Fall sein, wenn es höchst wahrscheinlich ist, daß der Geschäftsführer während des - oft langwierigen - Auflösungsprozesses seine Amtsbefugnisse zur Schädigung der Gesellschaft und so des Auflösungsanspruchs der Antragsteller mißbrauchen wird, so

---

11o) Vgl. dazu: Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 61 Anm. 14; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 61 Rdn. 45; OLG Frankfurt a.M., JW 1923, 87 Nr. 11; OLG Köln, GmbH-Rdsch. 1927, 433 = JW 1926, 21o7 = GmbHRspr. IV, R. 2 zu § 38 = GmbHRspr. IV, R. 8 zu § 61; OLG Frankfurt, GmbH-Rdsch. 1979, 229 = GmbH-Rdsch. 198o, 32 = BB 1979, 163o = DB 1979, 2128. S. auch OLG Düsseldorf, JW 1934, 2711 Nr. 4 mit Anm. von Boesebeck.

111) S. Staub, § 61 Anm. 3.

daß diese Gefahr nur durch den Erlaß dieser Regelungsverfügung abgewehrt werden kann.

cc) Einzelfragen

Bei der Beschlußfassung über die Stellung des Antrags auf Erlaß einer die weitere Geschäftsführertätigkeit untersagenden einstweiligen Verfügung hat der betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer nach § 47 Abs. 4 Satz 2 (Einleitung eines Rechtsstreits) kein Stimmrecht[112]. Erwähnenswert ist noch, daß angesichts der schiedsrichterlichen Inkompetenz zum Erlaß einstweiliger Verfügungen[113] der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch dann vor einem staatlichen Gericht gestellt werden kann, wenn für Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis der ordentliche Rechtsweg ausgeschlossen und durch Schiedsvertrag die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts vereinbart ist. Beim Verfahren der einstweiligen Verfügung wird die Gesellschaft - sowohl als Verfügungsklägerin wie auch als Verfügungsbeklagte - von den übrigen Geschäftsführern nach § 35 Abs. 1 vertreten. Auch hier ist aber die Bestellung eines besonderen Prozeßvertreters nach § 46 Nr. 8 Hs. 2 möglich, bei der, als einer die Einleitung des Rechtsstreits vorbereitenden Handlung, der klagende bzw. beklagte Gesellschafter-Geschäftsführer - wieder nach § 47 Abs. 4 Satz 2 - kein Stimmrecht hat[114].

c) Antragstellung durch den betroffenen Gesellschafter-Geschäftsführer

Bei Abberufungsstreitigkeiten darf aber nicht nur die Gesellschaft, sondern auch der betroffene Gesellschafter-

---

112) Vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 47 Anm. 116, 119; Harde, S. 249; vgl. ferner für die vorläufige Amtsenthebung von Vorstandsmitgliedern, die auch Aktionäre sind, RGZ 75, 234, (237) zu § 252 Abs. 3 HGB a.F.

113) H.M.: S. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 61 Anm. 14; Ulmer in Hachenburg, 7. Aufl., § 61 Rdn. 46; Semler, S. 1533; LG Frankfurt a.M., NJW 1951, 719 Nr. 16. S. auch die Nachweise bei Erman, S. 3 Fn. 1.
A.A. Lindacher, S. 2o3ff.; Vollmer, S. 12f. m.w.N. der herrschenden, aber auch der entgegengesetzten Auffassung. Zur Behebung der sich aus dieser Inkompetenz ergebenden Schwierigkeiten s. die von Harry Westermann, S. 864 f., vorgeschlagene Klausel.

114) Vgl. Scholz-Karsten Schmidt, 6. Aufl., § 46 Anm. 118; Zöllner, Schranken, S. 214 f.; KG OLGRspr. 14, 366, (368); KG, GmbHRspr. IV, R. 23 zu § 47.

Geschäftsführer vorläufigen Rechtsschutz durch die Erwirkung einer einstweiligen Verfügung in Anspruch nehmen. Insbesondere beim offensichtlichen Fehlen eines wichtigen Grundes und zur Abwendung einer beruflichen Schädigung darf auf seinen Antrag im Verfahren der einstweiligen Verfügung angeordnet werden, daß er seine Geschäftsführertätigkeit bis zur rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung fortführen darf[115]. Dies gilt jedoch nicht, wenn es sich beim Antragsteller um den Gesellschafter-Geschäftsführer einer kapitalistischen GmbH (oder um den Fremdgeschäftsführer jedweder GmbH) handelt. Wie bereits oben ausgeführt, ist in diesen Fällen die ausgesprochene umstrittene Abberufungserklärung nach entsprechender Anwendung des § 84 Abs. 3 Satz 4 AktG als wirksam zu behandeln, so lange nicht über ihre Unwirksamkeit rechtskräftig entschieden ist. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung, durch die dem Gesellschafter-Geschäftsführer die Fortführung seiner Tätigkeit gestattet würde, ist mit dem Zweck der aktienrechtlichen Regelung, im Streitfalle und bis zu einer gegenteiligen rechtskräftigen Hauptsacheentscheidung den Interessen der Gesellschaft uneingeschränkt den Vorrang einzuräumen, unvereinbar[116]. Als unzulässig ist ferner eine auf Antrag des Gesellschafter-Geschäftsführers erlassene einstweilige Verfügung anzusehen, durch die seinen Mitgesellschaftern untersagt wird, diesen in einer demnächst stattfindenden Gesellschafterversammlung wegen Vorliegens eines wichtigen

---

115) So auch: Uwe H. Schneider, aaO., S. 546f.; Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 1o; Semler, S. 1535; Handbuch-Eder, Rz. I. 552.1; Jauernig, S. 336; Roth, § 38 Anm. 4.1; H.P. Westermann, Abberufung, S. 72f.; RGZ 1o2, 197, (198). S. auch Zöllner, aaO., S. 238 Fn. 65.

116) Vgl. auch: Scholz-Uwe H. Schneider, 6. Aufl., § 38 Anm. 52; ders., Abberufung, S. 546f.; H.P. Westermann, aaO.; Roth, aaO.; OLG Braunschweig, GmbH-Rdsch. 1977, 61f. (wobei aber nicht ausgeschlossen wird, daß eine solche einstweilige Verfügung möglich ist, wenn ein Abberufungsbeschluß offensichtlich mißbräuchlich ist). So auch die Befürworter der uneingeschränkten Anwendung von § 84 Abs. 3 Satz 4 auf die umstrittene Abberufung des GmbH-Geschäftsführers aus wichtigem Grunde; hier nur: Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 18; Harde, S. 244.
A.A. Vollmer, S. 1of.; OLG Celle, GmbH-Rdsch. 1981, 264, (265f.).

Grundes abzuberufen. Durch eine solche Maßnahme, die irreparable Zustände schafft, wird die Diskussion in der Gesellschafterversammlung vereitelt und in die Willensbildung der Gesellschafter unzulässigerweise eingegriffen. Der Gesellschafter-Geschäftsführer hat hier das Abstimmungsergebnis abzuwarten und kann nur nachträglich gerichtlich vorgehen[117].

d) Antragstellung vor dem Abberufungsbeschluß der Gesellschafterversammlung?

Zum Schluß ist noch auf die Frage einzugehen, ob der Erlaß einer einstweiligen Verfügung auch dann zulässig ist, soweit noch kein Abberufungsbeschluß gefaßt worden ist. Gegen die Zulässigkeit eines solchen Antrags ist folgendes einzuwenden: Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung hat, wie gesagt, von der Gesellschaft auszugehen. Dies setzt die Fassung eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses voraus. Sind aber die Gesellschafter imstande, über die Stellung eines Antrags auf Erlaß dieser einstweiligen Verfügung zu beschließen, so sind sie auch imstande, über die Geschäftsführerabberufung zu beschließen und so die im Verfahren der einstweiligen Verfügung beantragte Regelung selbst herbeizuführen. Auch hier bleibt es also bei der Regelung des § 46 Nr. 5, wonach, wenn nichts anderes bestimmt ist, die Geschäftsführerabberufung zum Aufgabenkreis der Gesellschafterversammlung gehört, so daß einer gerichtlichen Entscheidung ein Gesellschafterbeschluß vorausgehen muß[118].

---

117) Vgl. auch: Semler, S. 1536; H.P. Westermann, aaO., S. 73; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 546; OLG Celle, GmbH-Rdsch. 1981, 264, (265); OLG Frankfurt, GmbH-Rdsch. 1982, 237 = BB 1982, 274. Abweichend OLG Köln, GmbH-Rdsch. 1977, 6f. = BB 1977, 464; diese Entscheidung betrifft den speziellen Fall, daß mit einer einstweiligen Verfügung der Komplementärin einer GmbH & Co KG untersagt wird, durch einseitige Erklärung den Geschäftsführer (der auch Kommanditist der GmbH & Co KG ist) der GmbH (deren alleinige Gesellschafterin die GmbH & Co KG ist) abzuberufen.

118) S. Schilling in Hachenburg, 6. Aufl., § 38 Anm. 1o.

In diesem Zusammenhang darf jedoch nicht an der Tatsache vorbeigegangen werden, daß es auch Fälle geben kann, in denen auch vor dem Ergehen eines Gesellschafterbeschlusses ein unabweisbares Bedürfnis für die Untersagung der weiteren Tätigkeit des Gesellschafter-Geschäftsführers im Wege der einstweiligen Verfügung besteht. Dies ist etwa der Fall, wenn dem Gesellschafter-Geschäftsführer ein besonders vorwerfbares Verhalten zur Last fällt (z.B. die Begehung strafbarer Handlungen, Bestechlichkeit, unerlaubte Konkurrenzgeschäfte, nicht jedoch einmaliges Versagen oder mangelnde Anpassung an eine Steigerung der unternehmensbedingten Anforderungen) und seine Belassung im Amt bis zur nächsten Gesellschafterversammlung, die über seine Abberufung befinden wird, als unzumutbar erscheint, weil es feststeht, daß bis dahin die Gesellschaftsinteressen unwiederbringlich geschädigt werden. Dies gilt um so mehr, wenn die sofortige Abhaltung einer Gesellschafterversammlung nicht möglich ist, weil die Gesellschafterversammlung satzungsgemäß erst mit einer Frist von etwa acht Wochen einberufen werden kann und ein Verzicht auf die Einhaltung der Einberufungsfrist nicht vorliegt[119]. In diesen Ausnahmefällen ist also auch eine vor dem Ergehen eines Abberufungsbeschlusses erlassene einstweilige Verfügung als zulässig zu erachten, die die Untersagung der weiteren Tätigkeit des pflichtwidrig handelnden Gesellschafter-Geschäftsführers einer personalistischen GmbH bis zur Fassung eines Abberufungsbeschlusses in einer demnächst stattfindenden Gesellschafterversammlung anordnet[120] und

---

119) Vgl. auch die bei Unmöglichkeit sofortigen Handelns von Fastrich, passim, erwogene Zuständigkeit der Geschäftsführer, die Maßnahmen zu ergreifen, die im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zur Sicherung von Ersatzansprüchen gegen Geschäftsführer und Gesellschafter notwendig sind.

120) Vgl. auch: Handbuch-Eder, Rz. I. 554. 1; Scholz, 5. Aufl., § 38 Anm. 18; Harde, S. 244f.; Uwe H. Schneider, Abberufung, S. 55o; BGH, WM 198o, 957; OLG Hamburg, MDR 1967, 846.

Die einstweilige Verfügung darf hier nur für einen absehbaren Zeitraum, d.h. nur bis zur Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung, erfolgen; steht aber die Geschäftsführerabberufung durch Gesellschafterbeschluß noch nicht einmal in Aussicht, ist eine solche erwirkte einstweilige Verfügung nach § 927 ZPO aufzuheben: S. OLG Hamburg, aaO.

die von einem Gesellschafter beantragt wird.

Die Antragsbefugnis des Gesellschafters der personalistischen GmbH ergibt sich in diesem Sonderfall aus der Treupflichtverletzung des Gesellschafter-Geschäftsführers. Der Gesellschafter-Geschäftsführer ist zunächst als Gesellschafter nicht nur der GmbH, sondern auch seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, jede Schädigung des Gesellschaftsinteresses und der berechtigten mitgliedschaftlichen Interessen seiner Mitgesellschafter zu unterlassen, sowie diese Interessen zu wahren und zu fördern[121]. Bei der personalistischen GmbH ist das Treupflichtverhältnis außerordentlich intensiv, weil das Gedeihen der Gesellschaft hier vom gesellschaftstreuen Verhalten der untereinander persönlich verbundenen Mitglieder besonders stark abhängt. Darüber hinaus hat der Gesellschafter-Geschäftsführer der GmbH gegenüber Treupflichten schon aus seiner Geschäftsführerposition an sich[122]. Die Tatsache, daß er eine Vertrauensstellung inne hat, von der die Belange der Gesellschaft entscheidend beeinflußt werden können, gebietet eine gesteigerte Rücksichtspflicht auf die Gesellschaftsinteressen. Läßt der Gesellschafter-Geschäftsführer sich ein besonders vorwerfbares Verhalten zuschulden kommen, verletzt er zunächst seine der GmbH gegenüber geschuldete Treupflicht, so daß die Gesellschafterversammlung ihn aus wichtigem Grund abberufen kann. Ferner verletzt er seine den Mitgesellschaftern gegenüber geschuldete Pflicht zur Unterlassung gesellschaftsschädigender Handlungen. Angesichts dieser Treupflichtverletzung ist jeder Mitgesellschafter unter den obengenannten besonderen Verhältnissen (schwerwiegendes Vergehen, Unmöglichkeit der rechtzeitigen Fassung eines Abberufungsbeschlusses, erweiterte Treupflichten aufgrund des personalistischen Charakters des Mitgliederkreises) befugt, in die Rechts-

---

121) S. auch oben S. 71.

122) Statt aller s. Mertens in Hachenburg, 7. Aufl., § 43 Rdn. 37 m.w.N.

position des Gesellschafter-Geschäftsführers und in den Mehrheitswillen einzugreifen und ohne vorherigen Gesellschafterbeschluß das Verbot der weiteren Ausübung der Amtsbefugnisse des Gesellschafter-Geschäftsführers im Verfahren der einstweiligen Verfügung zu beantragen.

## Lebenslauf

Am 27. August 1957 wurde ich als Sohn des Obst- und Gemüsehändlers Nikolaos THANOS und seiner Ehefrau Angeliki, geb. VRETTAS in Athen/Griechenland geboren, wo ich auch aufwuchs.

Ich besuchte von 1963-1969 die Volksschule in Dafni/Athen und von 1969-1975 das Jungengymnasium zu Dafni/Athen. Nachdem ich die ordentlichen Abschlußprüfungen bestanden hatte, erlangte ich am 2o.6.1975 das Reufezeugnis.

Nach erfolgreicher Teilnahme an den Aufnahmeprüfungen ließ ich mich am 4.11.1975 an der Juristischen Fakultät der Nationalen und Kapodistrianischen Universität Athen immatrikulieren. Dort legte ich sämtliche Teil- und Diplomprüfungen ab und beendete das Studium am 22.2.198o mit dem Diplom der rechtswissenschaftlichen Abteilung.

Am 31. Mai 198o ließ ich mich im Register der Athener Anwaltskammer als Referendar eintragen und leistete bis Ende September 198o einen Teil des Referendardienstes ab.

Im Wintersemester 198o/81 nahm mich Herr Professor Dr. Wolfgang Zöllner als Doktorand der Juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen an.

Ich bin von Geburt an griechischer Staatsangehöriger.

Druck und Verarbeitung: copy shop, darmstadt, tel. 21353